

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Volume 35 – Numéro 1**

**Année :** 2004-2005

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11938>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11938>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>L'UTILISATION DE L'ARTICLE 129 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE CANADIEN.....</b>	<b>1</b>
Par Jean-Bruno CLOUTIER	
<b>NON-INDÉPENDANCE ET AUTONOMIE DE LA NORME D'ÉGALITÉ QUÉBÉCOISE : DES CONCEPTS «FONDATEURS» QUI MÉRITENT D'ÊTRE MIEUX CONNUS .....</b>	<b>103</b>
Par David ROBITAILLE	
<b>INTERNATIONAL LABOR RIGHTS, A CATEGORICAL IMPERATIVE?.....</b>	<b>145</b>
Par Kamil AHMED	
<b>LE SUIVI DE L'ÉTHIQUE DES PROJETS DE RECHERCHE EN GÉNÉTIQUE.....</b>	<b>187</b>
Par Mylène DESCHÊNES	
<b>LA FONCTION DE VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL D'UNE MUNICIPALITÉ : LES GARANTIES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ INHÉRENTES À LA CHARGE DE VÉRIFICATEUR PUBLIC.....</b>	<b>231</b>
Par Mathieu SOCQUÉ	
<b>L'ARRÊT HÔPITAL DE L'ENFANT-JÉSUS C. CAMDEN-BOURGAULT ET LE CONTRAT HOSPITALIER OCCULTÉ : AVENTURISME OU ÉVOLUTION? .....</b>	<b>307</b>
Par Robert P. KOURI	

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'UTILISATION DE L'ARTICLE 129 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE  
NATIONALE DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE CANADIEN

**Auteur(s) :** Jean-Bruno CLOUTIER

**Revue :** RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 1

**Pages :** 1-102

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11933>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11933>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# L'UTILISATION DE L'ARTICLE 129 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE CANADIEN

par Jean-Bruno CLOUTIER\*

*Dans un premier temps, cette thèse examine la nature et la gravité relative des infractions d'ordre militaire créées par la partie III de la Loi sur la défense nationale connue sous le nom de code de discipline militaire. L'étude fait une révision des systèmes de classifications des infractions militaires proposées par les différentes études qui ont précédé les réformes législatives de 1997 et 1999 pour ensuite suggérer une nouvelle taxonomie des infractions.*

*Après avoir situé les infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) dans l'échelle de gravité de la gamme des infractions militaires, l'étude s'attarde à l'analyse de la nature des deux infractions distinctes prévues à l'article 129 ainsi qu'à leur utilisation respective devant les deux types de tribunaux militaires, pour finalement offrir des suggestions pour pallier aux difficultés à la fois d'ordre théorique et pratique dans la conception et l'application de ces infractions pourtant indispensables au bon fonctionnement de la discipline militaire.*

---

\*. Major, avocat militaire et étudiant subventionné par la Couronne dans le cadre du programme d'études supérieures en droit, Faculté de droit, Université d'Ottawa, Ottawa. Cette thèse est un document produit dans le cadre du cours «Recherche et thèse de maîtrise» et contient des commentaires et des opinions que seul l'auteur considère appropriés et convenables au sujet. Ces commentaires et opinions sont donc ceux de l'auteur et ne visent pas nécessairement à refléter les orientations du gouvernement du Canada, du ministère de la Défense nationale, des Forces canadiennes ou du Cabinet du juge-avocat général. Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa en vue de l'obtention de la maîtrise en droit (LL.M).

*The thesis examines the nature and the relative gravity of the service offences contained in the Code of Service Discipline (CSD). The study reviews the classification of offences proposed by the several internal and external studies that have preceded the legislative reforms of the military justice system in 1997 and 1999. The author then proposes his own taxonomy of service offences.*

*After having situated the two National Defence Act (NDA) s. 129 offences within the scale of gravity of the service offences, the paper analyses the specific nature of the two offences in question and their application before the two different types of military tribunals. Finally the study offers suggestions and recommendations to palliate theoretical, and practical difficulties in the conception and the application of these offences, considered essential to the maintenance of military discipline.*



## SOMMAIRE

INTRODUCTION .....	5
--------------------	---

<b>Partie I -</b>	<b>LES INFRACTIONS D'ORDRE MILITAIRE : UN CODE D'INFRACTIONS ORIENTÉ VERS LE SUCCÈS DE LA MISSION .....</b>	<b>21</b>
A.	Un système de classification des infractions qui n'encadre pas suffisamment l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des intervenants .....	21
1.	Les classifications proposées par les études ayant donné lieu aux réformes législatives actuelles .....	21
2.	La classification adoptée lors de la réforme du système de justice militaire .....	29
B.	Une taxonomie des infractions fondée sur l'objectif ultime des forces armées .....	37
1.	Un modèle de classification fondé sur les obligations inhérentes aux fonctions des Forces armées canadiennes .....	37
2.	Des peines qui reflètent la gravité des infractions : une notion de gravité qui varie suivant l'impact de l'inconduite sur l'objectif militaire .....	46

<b>Partie II -</b>	<b>L'article 129 de la <i>Loi sur la défense nationale</i> : une infraction générique qui circonscrit insuffisamment le champ d'application des inconduites établies au code de discipline militaire .....</b>	<b>52</b>
A.	L'article 129 de la Loi sur la défense nationale : des infractions sans cadres modérateurs efficaces .....	52
1.	La nature des infractions contenues à l'article 129 de la Loi sur la défense nationale .....	52
a)	L'infraction prévue au paragraphe 129(1) .....	56
b)	L'infraction prévue au paragraphe 129(2) .....	60
2.	Les problèmes liés à la nature des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale ....	65

a)	L'infraction prévue au paragraphe 129(1) présente des problèmes de définition .....	65
b)	L'infraction prévue au paragraphe 129(2) présente des problèmes de publicité .....	75
B.	Une réorientation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale : des solutions qui tiennent compte des droits des militaires tout en respectant les impératifs militaires légitimes .....	83
1.	Des solutions visant à clarifier et à simplifier l'utilisation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale .....	84
2.	Des solutions visant à informer et à préciser aux militaires les comportements les mettant à risques de poursuites sous le code de discipline militaire .....	90
<b>CONCLUSION</b> .....		97
<b>ANNEXE</b> .....		101

## INTRODUCTION

Le code de discipline militaire se trouve à la partie III de la *Loi sur la défense nationale*<sup>1</sup>. La section 2 de cette partie énonce les infractions d'ordre militaire ainsi que les peines. Dans cette liste, nous retrouvons une multitude d'infractions pour lesquelles les justiciables du code peuvent être accusés, poursuivis et jugés. À la toute fin de cette liste, entre l'énumération des infractions diverses et l'article 130 de la LDN qui incorpore au code toutes les autres infractions aux lois fédérales, on retrouve l'article 129. Cette thèse étudie l'utilisation de l'article dans le système de justice militaire.

L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* est l'infraction la plus utilisée du code de discipline militaire. Plus de 46% des accusations portées sous le code le sont sous cette disposition<sup>2</sup>. L'article 129 est ainsi rédigé :

### **Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline**

129. (1) Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :

a) une disposition de la présente loi;

---

1. *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5. (ci-après LDN).

2. CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Rapport annuel du Juge-avocat général sur l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 28 mai 2001 et 28 mai 2002, annexe D et E. Rapport et statistiques sur les procès sommaires et les cours martiales du 1<sup>er</sup> avril 2000 au 31 mars 2002. (ci-après Rapport annuel du JAG). Voir également les actes d'accusations pour les cours martiales de 1999 et 2000 et le compte rendu sur les procès sommaires pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2001 dans la banque de données disponibles à la section du Directeur juridique-Justice militaire politique et recherche du bureau du juge-avocat général des Forces canadiennes. Pour la période allant du 1<sup>er</sup> avril 2000 au 31 mars 2001, environ 48% des accusations totales portées et entendues au procès sommaire et 52% des accusations portées et entendues au procès sommaire devant un commandant supérieur le furent sous l'article 129 LDN. Pour la même période, les accusations sous l'article 129 LDN représentaient environ 20% des accusations totales entendues à la cour martiale.

- b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
  - c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.
- (3) Est également préjudiciable au bon ordre et à la discipline la tentative de commettre l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128.
- (4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'application du paragraphe (1).
- (5) Le présent article ne peut être invoqué pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128; le fait que l'accusation contrevient au présent paragraphe ne suffit toutefois pas pour invalider la condamnation de la personne ainsi accusée, sauf si la contravention paraît avoir entraîné une injustice à son égard.
- (6) La validité de la condamnation ne porte pas atteinte à la responsabilité d'un officier en ce qui a trait à la contravention.

Notons la nature générique et indéterminée des infractions prévues à l'article 129 alors que la majorité des autres infractions énoncées au code visent des inconduites spécifiques<sup>3</sup>. L'article 129 énonce aux paragraphes (1) et (2) deux façons à la fois similaires et distinctes de commettre une inconduite qui pourra éventuellement être jugée comme préjudiciable au bon ordre et à la discipline, mais ne prévoit qu'une seule et même peine, que la contravention soit au paragraphe (1) ou au paragraphe (2)<sup>4</sup>. Par conséquent, il nous apparaît

- 
- 3. Les articles 79 (mutinerie), 84 (violence envers des supérieurs), 86 (querelles et désordres), 88 (désertion), 90 (absence sans permission), 100 (libération non autorisée ou aide à l'évasion), 112 (usage d'un véhicule des Forces canadiennes à des fins non autorisées), 113 (incendie), 114 (vol), 115 (recel), 119 (faux témoignage) et 125 (infractions relatives à des documents) de la LDN sont des exemples d'infractions spécifiques.
  - 4. L'article 129 LDN prévoit une peine maximale sous déclaration de culpabilité de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. La peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté est une peine plus sérieuse dans l'échelle de gravité des peines que l'emprisonnement de moins de deux ans. Pour faciliter la compréhension du problème, voir l'article 139(2) de la LDN.  
La conséquence de la peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, qui est une forme de stigmatisation, est que le militaire n'est plus admis à servir à nouveau Sa Majesté tant comme civil que comme militaire. Cette peine peut être concomitante à une peine d'emprisonnement. À cet effet, consulter le paragraphe 140.1(1) de la LDN.

primordial de faire la distinction entre les paragraphes (1) et (2) de l'article 129, ce que cette étude se propose de faire.

L'infraction prévue au paragraphe (1) fait référence à un acte, à un comportement ou encore à une négligence qui est considéré par l'autorité militaire qui porte, dispose ou encore juge d'une telle accusation, comme étant une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Il s'agit de l'infraction par excellence pour punir les comportements qui vont à l'encontre des standards d'éthique militaire du jour. Contrairement au paragraphe (2), le paragraphe (1) vise à punir des inconduites sans les définir<sup>5</sup>. Le paragraphe (1) vise une infinité d'actes, de comportements ou de négligences de nature indéterminée qui pourront éventuellement avoir comme conséquence de préjudicier le bon ordre et la discipline. L'abondance et la gravité des comportements potentiellement visés, l'absence de notification préalable de la conduite interdite, le caractère vague et imprécis de l'expression «préjudiciable au bon ordre et à la discipline» et une application qui est laissée à l'interprétation subjective des autorités militaires en font une infraction très controversée<sup>6</sup>. Tout comme le paragraphe (2), le paragraphe (1) peut être utilisé comme infraction principale ou comme

---

5. Il est important de souligner que les notions de discipline et de bon ordre ne sont pas définies ni dans la *Loi sur la défense nationale*, ni dans les ORFC, quoique cette infraction soit celle qui est le plus souvent invoquée devant les tribunaux militaires. Consulter la note C de l'article 103.60 des ORFC.

6. Voir notamment : E.F. Sherman, *Military Law in a Democratic Society*, thèse de maîtrise en droit, Université de Harvard, Hein's legal theses and dissertations, 1981; G.G. Ackroyd, «The General Articles, articles 133 and 134 of the Uniform Code of Military Justice» (1961) 35 St.John's L.Rev. 264; C.B. Arrowood, «Military Law – The Standard of Constitutionality» (1975) 11 Wake Forest L.Rev. 325; K.S. Bernard, «Structures of American Military Justice» (1976) 125 U.Pa.L.Rev. 307; P. Camp, «Section 69 of the army act 1955» (1999) 149 New L.J. 1955.; J.A. Hagan, «The General Article : Elemental confusion» (1960) 10 Mil. L.R. 63.; D.J. Kornstein, «Taps for the Real Catch 22» 81 Yale L.J. 1518; D.B. Nichols, «The Devil's Article» (1963) 22 Mil.L.R. 111; F.B. Wiener, «Are the General Military Articles Unconstitutionally Vague?» (1968) 54 A.B.A.J. 357; D.N. Zillman et E.J. Imwinkelreid, «Constitutional Rights and Military Necessity : Reflections on the Society Apart» (1976) 51 Notre Dame L.Rev. 396; J.K. Gaynor, «Prejudicial and Discreditable Military Conduct : A critical Appraisal of the General Article» (1971) 22 Hasting L.J. 259; K.J. Hodson, «Perspective, the manual for Courts Martial-1984» (1972) 57 Mil.L.Rev. 1.

infraction subsidiaire aussi bien à la cour martiale qu'au procès sommaire<sup>7</sup>. Le paragraphe (1) constitue donc l'infraction résiduaire du code de discipline<sup>8</sup>. Il vise à punir les comportements qui, bien que non-énumérés spécifiquement dans les autres dispositions du code, constituent néanmoins une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

L'infraction prévue au paragraphe (2) de l'article 129 crée l'obligation pour les justiciables du code de discipline de se conformer aux dispositions de la LDN et aux règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes. Le fait d'enfreindre une disposition de la loi, un règlement, un ordre ou une directive est considéré, par l'effet de la loi, préjudiciable au bon ordre et à la discipline<sup>9</sup>. Il faudra donc étudier le contenu du règlement, de l'ordre ou de la directive dont on allègue contravention pour être en mesure de déterminer les éléments constitutifs de l'infraction sous le paragraphe 129(2)<sup>10</sup>. Celui-ci a pour effet de donner force de loi à des textes qui ne sont pas nécessairement de nature législative<sup>11</sup>. Les

- 
7. *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, D.O.R.S. /99-1305. Ces règlements ne sont ni dans la codification de 1978 ni dans la partie 2 de la Gazette du Canada. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, art. 20 et *Le règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C. 1978, c.1509, art. 7; les règlements pris en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la défense nationale sont soustraits à l'enregistrement, et l'art. 15(1) du même règlement soustrait ces règlements à la publication. (ci-après ORFC.). Voir plus particulièrement les notes A, E, F, G et H de l'art. 103.01, les notes A, D et H de l'art. 103.16, les notes A et F de l'art. 103.08, les notes A, G et H de l'art. 103.19, la note A de l'art. 103.25, les notes A, B, C, D, F et G de l'art. 103. 60 et les notes A, B, C D, E et F de l'art. 107.05 des ORFC.
  8. Ce caractère résiduaire ou fourre-tout du paragraphe (1) est établi par le paragraphe (4) de l'article 129. Voir la note D de l'article 103.60 des ORFC.
  9. *R. c. Latouche* (2000), 147 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 420 aux pp. 424-427. Pour comprendre comment la cour d'appel des cours martiales décrivait l'infraction prévue au paragraphe 2 de l'article 129 LDN, veuillez référer à la p. 426 du jugement.
  10. *Ibid.* à la p. 427 et voir aussi à la p. 431.
  11. J.B. Fay, «Canadian Military Criminal Law; an Examination of Military Justice» (1975) 23 Chitty's L.J. 120 aux pp. 122-123. L'auteur écrit : «The authority in the National Defence Act providing for the creation of military law through regulations and orders is so extensive as to have the effect of taking the responsibility for making of what must be termed a form of criminal law, from the hands of Parlement and placing it in the hands of individuals.» Voir également N. Caron, *L'incorporation par renvoi de directives au Code de discipline militaire en application de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale*, Mémoire de recherche, Université d'Ottawa, 2001(non publié).

exigences réglementaires de notification et de publication des règlements, ordres et directives aux militaires sont la responsabilité de leur commandant<sup>12</sup>.

À ce point, il nous apparaît nécessaire de faire un bref survol du contexte particulier dans lequel s'applique le système de justice militaire. Cela nous permettra de mieux comprendre sinon de justifier la raison d'être et les fonctions de l'article 129 et ainsi de fixer le cadre de référence de notre analyse. Le système de justice militaire vise à contrôler et à influencer les comportements et à assurer le maintien de la discipline dans l'objectif ultime de créer des conditions favorables au succès de la mission militaire. L'existence de normes de conduite propres au domaine militaire explique la raison d'être d'un système de justice militaire distinct<sup>13</sup>. Ce système est essentiel pour garantir le maintien de l'ordre, de la discipline et de l'efficacité des forces armées permettant ainsi à ces dernières d'être en mesure de défendre efficacement la souveraineté du Canada<sup>14</sup>.

L'article 91 paragraphe 7 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*<sup>15</sup> est à l'origine de l'existence des Forces armées canadiennes. C'est en application de cette compétence constitutionnelle que le Parlement a adopté la *Loi sur la défense nationale*<sup>16</sup>. L'étendue d'application de la LDN et du code de discipline

---

12. Voir la note E de l'article 103.60 et les articles 1.20, 1.21 et 4.26 des ORFC, *supra* note 7 à la p 78. Voir les articles 1.23, 1.235, 4.12, 4.21 des ORFC sur le pouvoir de certaines autorités militaires d'émettre des ordres et directives, les articles 4.01, 4.02, 5.01 des ORFC sur la responsabilité générale des membres de connaître, observer et faire respecter la loi, les règlements, ordres et directives, et finalement les articles 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC sur la responsabilité pour le commandant de mettre à la disposition des membres ces règlements et ordres, de voir à ce qu'ils reçoivent une publicité adéquate et de voir à les expliquer aux militaires du rang dès leur réception si cela devait s'avérer nécessaire.

13. *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, voir les propos du juge Lamer aux pp. 288 et 294.

14. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire, *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire*, Ottawa, 14 mars 1997, annexe A, 1 (ci-après *Rapport Dickson*).

15. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 91 para. 7., art. 91 para 7 stipule que : «...l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à ...7. La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays».

16. *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 1. La loi prévoit l'organisation du ministère, la constitution des Forces armées canadiennes et du système de justice militaire.

militaire est encadrée par les pouvoirs conférés par la Constitution au Parlement d'établir des lois concernant «la Milice, le service militaire, le service naval et la défense.» Ces pouvoirs incluent celui d'édicter des lois pour régir la conduite et la discipline des membres des forces armées<sup>17</sup>. En 1997, la Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Reddick* venait d'ailleurs confirmer cet encadrement législatif :

The basic issue in that context is whether legislation is clearly within the constitutional assignment of jurisdiction of its enactor, or at least necessarily incidental to the exercise of that jurisdiction<sup>18</sup>.

Ensuite , à la page 501 :

Parliament has sought to delimit the scope of military justice to that which is reasonably necessary to the exercise of its powers over defence and the armed forces.

Et plus loin à la page 505 :

As to the application of the exemption for military tribunals from the Charter requirements of trial by jury, this really involves statutory interpretation or division of powers issues as to whether the offence in question is truly «an offence under military law» in the words of paragraph 11(f) of the Charter. Is the offence in question in its essence a «military offence» validly prescribed by Parliament under head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*? If so, then the exception in the Charter applies.

Et finalement à la page 507 :

All of the offences, both the purely service offences [accusations en vertu de l'article 129 de la LDN] and those also falling under the *Criminal Code* [accusations sous l'article 130 LDN en contravention à l'article 266 du Code criminel], involved acts committed on an Armed Forces base, allegedly by a sergeant on a subordinate, a corporal, while both were in the service. The allegations involve

---

17. *Mackay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370 à la p. 390.

18. *R. c. Reddick* (1997), 112 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 491 à la p. 493.



alleged assaults and sexual harassment which must surely be seen as relevant to the *maintenance of discipline and morale*. (nos italiques et les accusations entre crochets aussi)

L'objectif du code de discipline militaire n'est pas que de punir les contrevenants mais aussi de promouvoir la discipline essentielle au succès de la mission<sup>19</sup>. D'ailleurs, sans ce rôle disciplinaire, le code n'aurait aucune raison d'être. Ce n'est qu'accessoirement qu'il joue un rôle semblable à celui du code criminel<sup>20</sup>. Les devoirs et obligations prévus au code de discipline militaire viennent donc s'ajouter aux infractions énoncées au droit pénal général<sup>21</sup>. Évidemment, seules les personnes justiciables du code de discipline militaire

---

19. *Rapport Dickson, supra* note 14 à la p. 7. Le rapport énonce : «Il n'est donc pas surprenant que les membres des Forces canadiennes soient assujettis non seulement aux lois du pays comme tout citoyen mais aussi à un code de discipline militaire stipulant de nombreuses "infraction d'ordre militaire" qui témoignent des besoins uniques des forces armées, par exemple, l'absence sans permission et l'insubordination. Il est essentiel de disposer d'un système de justice militaire qui permette de traiter les infractions au code de discipline militaire de façon expéditive, décisive et pourtant juste. En effet, la justice militaire ne vise pas uniquement à garantir la discipline, mais aussi – et ceci doit être souligné – à encourager les individus à corriger leur conduite afin qu'ils puissent reprendre leurs fonctions le plus tôt possible. [...] Les commandants, particulièrement dans un contexte de combat, ne peuvent attendre des mois ou des années avant que la discipline ne soit rétablie et que la justice ne soit rendue».

20. *R. c. Généreux, supra* note 13 aux pp. 281-282.

21. Voir l'article 71 de la LDN.

Jusqu'en 1985, l'article 62 de la *Loi sur la défense nationale* mentionnait cependant que le code de discipline militaire n'avait pas pour effet d'empêcher les tribunaux civils de juger les infractions pour lesquelles ils avaient compétence et cela nonobstant le fait que l'accusé avait été préalablement jugé par un tribunal militaire pour une infraction semblable. L'ancien article 62 de la *Loi sur la défense nationale* réitérait ainsi le principe de la suprématie des tribunaux civils sur les tribunaux militaires. Les infractions civiles étaient incluses dans le code de discipline militaire sans pour autant amoindrir le principe de la suprématie des tribunaux criminels civils. Depuis 1985, la *Loi sur la défense nationale* a été modifiée afin d'empêcher toutes poursuites subséquentes devant un tribunal civil pour une infraction comparable qui découle des mêmes faits et pour laquelle un accusé aurait été acquitté ou déclaré coupable par un tribunal militaire. Notons que sauf dans les cas d'infractions prévues à l'article 70 de la LDN lorsqu'elles sont commises au Canada et pour lesquelles les tribunaux civils ont compétence exclusive, le système de justice militaire et le système de tribunaux criminels civils possèdent des juridictions concurrentes. Cela implique qu'un militaire qui a déjà été jugé pour une infraction donnée devant un tribunal civil ou militaire ne pourra faire l'objet à nouveau de la même accusation ou d'une accusation semblable devant l'autre tribunal.

peuvent être reconnues coupables d'une infraction d'ordre militaire alors que le droit pénal est quant à lui d'application générale et universelle<sup>22</sup>.

Il existe bien entendu des chevauchements entre les systèmes de justice militaire et civile; tous deux visent à régir la conduite des personnes auxquelles les infractions s'appliquent. Certaines infractions d'ordre militaire sont d'ailleurs identiques aux infractions criminelles civiles alors que d'autres leur sont totalement étrangères<sup>23</sup>. Les procédures entreprises devant les tribunaux militaires visent à promouvoir le bon ordre et la discipline des membres pour permettre aux forces armées d'accomplir leur mission<sup>24</sup> alors que les procédures pénales ont pour objectif principal de maintenir l'ordre public<sup>25</sup>.

C'est en garantissant le respect des ordres et des obligations propres aux Forces armées canadiennes que le système de justice militaire contribue au maintien du bon ordre et de la discipline<sup>26</sup>. Les obligations auxquelles sont assujettis les membres des Forces canadiennes sont énoncées dans la LDN, les règlements, les ordres et les directives. Il existe plusieurs façons de définir et de percevoir la notion de discipline<sup>27</sup>.

---

22. Voir les articles 60 à 65 de la *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 1.

23. On peut penser par exemple à l'infraction d'absence sans permission (art. 90 LDN), d'insubordination (art. 85 LDN), de désobéissance à un ordre légitime (art. 83 LDN) ou encore de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline (art. 129 LDN). Le vol et recel prévus aux articles 114 et 115 de la LDN sont des infractions identiques à celles énoncées dans le droit pénal général. L'article 130 de la LDN incorpore d'ailleurs au Code de discipline militaire toutes les infractions prévues aux lois fédérales, ce qui bien entendu comprend les infractions incluses dans le Code criminel du Canada.

24. Voir l'art. 108.02 des ORFC, *supra* note 7 et le *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 15.

25. *R. c. Généreux*, *supra* note 13, voir l'opinion du juge Lamer s'exprimant au nom de la majorité aux pp. 293-294.

26. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 293.

27. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, *Un héritage déshonoré : les leçons de l'affaire somalienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 30 juin 1997, vol. 1 à la p. 26 (ci-après *Rapport d'enquête sur la Somalie*).

Tel que l'écrivait en 1975 l'ex-colonel Fay :

Discipline can be defined as an attitude of respect for authority which is developed by leadership, precept and training. It is a state of mind that leads to a willingness to obey an order no matter how unpleasant the task to be performed. This is not a characteristic of the civilian community. It is the ultimate characteristic of the military organization. [...]. Military law achieves great importance when viewed in the context of the above. It is from military law that the serviceman receives his most tangible indication of the relationship between himself and those who command. It is under military law that he is tried and punished. If the military system is a just system, then it will be recognized as such by the serviceman and thus it will promote and support the discipline upon which the military organization is based.<sup>28</sup>

Comme dans la majorité des régimes démocratiques, les Forces armées canadiennes sont sous le contrôle des autorités civiles. Les ordres et directives qui leur sont adressés par le chef d'état-major de la défense visent à donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre<sup>29</sup>. Les Forces armées canadiennes sont une organisation hiérarchique; de personnes selon leur grade respectif, d'unités selon les ordres organisationnels du ministre de la défense<sup>30</sup>. Ce sont les autorités civiles qui d'ailleurs créent ses unités, les affectent aux divers commandements et formations et en autorisent leurs effectifs maximaux<sup>31</sup>.

Les militaires doivent connaître, observer et faire respecter la LDN, les règlements, ordres ou directives se rapportant à l'exercice de leurs fonctions.

---

28. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123.

29. *Loi sur la défense nationale, ibid.*, art. 18(2). Voir notamment les ORFC 4.12, 4.20 et 4.21. Voir plus particulièrement l'extrait suivant tiré du brevet d'officier des Forces canadiennes: «[...] Et Nous leurs ordonnons, par les présentes de vous obéir en tant que leur officier supérieur, et, à vous, d'observer et d'exécuter les ordres et instructions que vous recevrez, de temps à autre, de Nous ou de votre officier supérieur, quel qu'il soit, selon la Loi, en raison de la confiance mise, par la présente, en vous».

30. *Loi sur la défense nationale, ibid.*, art. 17(1), 21(1), et la colonne I de l'annexe à la LDN. Il existe 17 grades différents dans les Forces armées canadiennes.

31. Voir les art. 12, 15, 16, 17 et 22 de la LDN et les art. 2.08 et 2.09 des ORFC.

Chaque militaire doit promouvoir le bien-être, l'efficacité et l'esprit de discipline de tous ses subordonnés. Chacun est tenu de signaler aux autorités compétentes les infractions au code de discipline militaire. En fin de compte, chaque militaire a l'obligation d'obéir aux ordres de ses supérieurs et de leur rendre compte de l'accomplissement convenable et efficace de ses fonctions<sup>32</sup>.

Les officiers sont requis de signaler les infractions aux autorités compétentes lorsqu'ils ne peuvent régler la question eux-mêmes de façon satisfaisante. Ils sont également responsables envers leurs supérieurs de l'accomplissement convenable et efficace de leurs fonctions<sup>33</sup>. À chaque palier de la hiérarchie militaire, on s'attend à ce que le militaire du palier supérieur dispose des pouvoirs nécessaires pour exiger de ses subordonnés qu'ils rendent compte de leurs actions et pour imposer des mesures disciplinaires et administratives afin d'assurer cette imputabilité<sup>34</sup>.

Le système de justice militaire est le moyen ultime pour faire respecter la discipline. La légitimité de ce système pourrait être compromise si l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des autorités militaires chargées de sa mise en œuvre était insuffisamment circonscrit. Favoriser un système qui vise à restreindre les occasions de décisions arbitraires, c'est en fin de compte privilégier une meilleure discipline<sup>35</sup>.

Par contre, nous ne sommes pas sans savoir que les Forces armées canadiennes ont besoin de souplesse pour garantir leur efficacité. En bout de ligne, pour promouvoir au maximum les chances de succès de la mission, la chaîne de commandement doit être en mesure d'administrer la discipline afin de contrôler les inconduites qui mettent en péril le bon ordre, l'efficacité militaire et finalement la raison d'être de l'organisation, la sécurité nationale. Ce

---

32. Voir notamment les art. 83 et 129 de la LDN et les art. 4.01, 19.01 et 19.015 des ORFC.

33. ORFC, *supra* note 7, art. 4.01, 4.02 et 5.01

34. *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 10.

35. J. B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123. L'auteur mentionne : « It is the responsibility of those who command to instill discipline in those they command. In doing so there must be the correction and the punishment of individuals. Fairness and justice are indispensable. » Voir notamment le *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 9.

phénomène est au centre des tensions intrinsèques entre les notions théoriques de justice et leurs applications concrètes dans le monde militaire<sup>36</sup>.

Au moment de porter des accusations, les autorités militaires doivent décider du type d'accusations à porter ainsi que la façon d'en disposer. Bien que certains règlements et politiques guident les autorités dans ces prises de décisions, en pratique ces décisions sont soumises à très peu de restrictions<sup>37</sup>. Les lignes de démarcation incertaines entre les deux types de tribunaux militaires<sup>38</sup>, les chevauchements de compétence quant à la poursuite des infractions et le manque de distinction entre les infractions mineures et graves ne délimitent pas suffisamment l'exercice des pouvoirs décisionnels des autorités. Il nous apparaît que la possibilité pour les autorités militaires de fonder leurs décisions sur des motifs étrangers aux principes de justice est suffisamment significative pour justifier une réévaluation du mode d'utilisation de l'article 129 de la LDN.

La *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>39</sup> confirme la validité constitutionnelle d'un système de justice militaire séparé du système des

---

36. *Rapport Dickson*, *supra* note 14 aux pp. 10-11.

37. On peut penser par exemple aux art. 106.01, 106.02 et 106.03 des ORFC visant la nécessité de tenir une enquête si une plainte est portée ou lorsqu'il y a d'autres raisons de croire qu'une infraction d'ordre militaire a été commise. Les art. 107.02, 107.03, 107.09, 107.11 et 109.05 indiquent les mesures à prendre par les autorités militaires avant le dépôt d'une accusation, après le dépôt d'une accusation et à l'étape du renvoi à une autorité de renvoi. Ces restrictions réglementaires obligent les autorités militaires à obtenir l'avis d'un avocat militaire dans les circonstances visées. Les avocats militaires appelés à fournir les avis doivent quant à eux se conformer aux dispositions de la directive # 010/00 du juge-avocat général intitulée Politique relative à l'évaluation des accusations dans le Rapport du JAG du 28 mai 2001, *supra* note 2 à la p 95. Cette directive énonce les critères dont les avocats militaires doivent tenir compte lors de l'analyse juridique qu'ils devront effectuer lorsqu'ils auront à conseiller les autorités militaires aux différentes étapes du processus disciplinaire tel que discuté ci-dessus. Voir également la Politique du QGDN-Directive révisée sur les enquêtes de la police militaire, 2120-4-0 (GPFC), 7 mai 1999.

38. Selon l'art. 108.02 des ORFC, le procès sommaire serait un tribunal militaire chargé de rendre justice à l'égard d'infractions mineures.

39. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, plus précisément l'al. 11f) qui prévoit que : «Tout inculpé a le droit : ...f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave» (ci-après Charte).

tribunaux civils de juridiction criminelle<sup>40</sup>. Il est intéressant de noter que la Charte prévoit expressément l'existence d'infractions et de tribunaux militaires distincts<sup>41</sup>. L'adoption de la Charte en 1982 fut le catalyseur de la modernisation du système de justice militaire<sup>42</sup>. Les décisions *Généreux* et *Ingebrigtsen*<sup>43</sup> au début des années 1990, et celle de la Cour d'appel des cours martiales dans *Lauzon*<sup>44</sup> en 1998, déclaraient que les Cours martiales générales et permanentes, telles que constituées à l'époque, portaient atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et que cette violation était incompatible avec la Charte. Ce processus de modernisation devint davantage pressant au milieu des années 1990 suite à l'enquête publique sur les incidents survenus en Somalie, aux allégations d'actions inappropriées survenues à l'hôpital de Bakovici en Bosnie-Herzégovine et à des incidents de harcèlement sexuel. Ces événements ont mis en lumière des problèmes internes de leadership et de discipline et ont remis en question la capacité du système de justice militaire à promouvoir la discipline, l'efficacité, le moral des troupes et la justice dans les Forces canadiennes<sup>45</sup>. Le Parlement adoptait, le 10 décembre 1998, le *Projet de*

---

40. La cour suprême du Canada a reconnu à deux reprises la nécessité de maintenir un système de justice militaire distinct. À cet effet voir *Mackay c. R.*, *supra* note 17 à la p. 370 et *R. c. Généreux*, *supra* note 13.

41. *R. c. Généreux*, *supra* note 13, voir les propos du juge Lamer à la p. 296. La version anglaise de l'alinéa 11f) de la Charte est d'ailleurs plus explicite que la version française à cet égard. La version anglaise de l'alinéa 11f) stipule : «Any person charged with an offence has the right ...f) except in the case of an *offence under military law* tried before a *military tribunal*, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment; ...» (nos italiques).

42. Les principes énoncés dans ce document constitutionnel sont à première vue incompatibles avec les valeurs traditionnelles des Forces armées. Voir D.J. Corry, «Military Law under the Charter» (1986) 24 Osgoode L.J. 67 à la p. 68 : « The constitution defines the limits of democratic rule : individual rights are sacred and the will of the majority shall not tread upon them. Military society stands in marked contrast to the constitutional democracy. The fundamental objective of the armed force is military efficiency to create an effective and integrated fighting force. All private considerations must give way to the fundamental goals of the military organization. » Pour une analyse détaillée des modifications apportées à la procédure sommaire depuis l'adoption de la *Charte* voir notamment Cabinet du juge-avocat général, *Justice militaire au procès sommaire*, version 2.0, Ottawa, 14 septembre 2001.

43. *R. c. Généreux*, *supra* note 13; *Ingebrigtsen c. R.*, [1990] 5 C.A.C.M. 87.

44. *R. c. Lauzon* (1998), 129 C.C.C.(3<sup>e</sup>) 399.

45. *Modification à la Loi sur la défense Nationale*, ministère de la Défense nationale, octobre 1997 à la p. 4.

*loi C-25*<sup>46</sup> qui apportait des modifications importantes à la Loi sur la défense nationale et aux Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC). Ces modifications étaient le résultat de nombreuses études internes et externes<sup>47</sup>. Les modifications législatives visaient à rendre le système de justice militaire davantage conforme aux exigences de la Charte en établissant une séparation institutionnelle entre les fonctions d'enquête, de poursuite, de défense et les fonctions judiciaires à la cour martiale<sup>48</sup> et à mener à terme la réforme du procès sommaire<sup>49</sup>. Ces modifications législatives nous ont mené au système de tribunaux militaires actuels.

Il existe deux types de tribunaux militaires distincts. Il y a donc deux chemins parallèles dans l'administration de la justice militaire. Malgré leurs différences fondamentales en ce qui concerne la procédure générale applicable au procès, l'administration de la preuve, l'indépendance du décideur, l'impartialité du décideur et notamment les pouvoirs de punition, les objectifs du procès sommaire et de la cour martiale demeurent essentiellement les mêmes. Le maintien de la discipline se réalise donc à travers ces deux types de tribunaux, qui sont mis en oeuvre par des autorités distinctes et selon des critères d'application différents<sup>50</sup>.

---

46. *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> Parl., 1997. Ce projet de loi fut adopté par le Parlement le 10 décembre 1998. Le 1<sup>er</sup> septembre 1999 sont entrées en vigueur les modifications à la *Loi sur la défense nationale* ainsi qu'aux ORFC. Ces modifications législatives vont de paires avec la réforme du système de justice militaire et plus particulièrement avec la réforme du procès sommaire qui avait déjà été entreprise en 1997. À cet effet, voir les ORFC, D.O.R.S./97-1584 et 99-1305.

47. Voir notamment CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Rapport du groupe de travail sur les procès sommaires*, vol. 1-2, Ottawa, 2 mars 1994 (ci-après Rapport du GTPS); *Rapport Dickson*, *supra* note 14; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE, *Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 25 mars 1997 (ci-après Rapport Young); *Rapport d'enquête sur la Somalie*, *supra* note 27.

48. Pour corriger les irrégularités constitutionnelles soulevées par les tribunaux civils en ce qui avait trait à l'indépendance et l'impartialité des cours martiales. Voir *R. c. Généreux*, *supra* note 13; *Ingebrigtsen c. R.*, *supra* note 43 et *R. c. Lauzon*, *supra* note 44.

49. Des modifications aux règlements relatifs aux procès sommaires avaient déjà été apportées avant les modifications législatives de 1999. Ces modifications réglementaires étaient d'ailleurs en force depuis le 30 novembre 1997.

50. Voir les para. 6, 8, 9, 10 et 23 de l'annexe H de la directive #010/00, Politique relative à l'évaluation des accusations dans le Rapport du JAG du 28 mai 2001, *supra* note 2. Voir le paragraphe 10 de la Politique relative à l'évaluation des accusations ainsi que le paragraphe

Le procès sommaire s'occupe d'affaires de nature pénale et disciplinaire. En ce sens, il est un tribunal hybride. Il est ni plus ni moins qu'un outil de gestion pour promouvoir les standards et les normes de conduite propres aux Forces armées canadiennes. La décision de porter des accusations devant ce tribunal est prise par les autorités de la chaîne de commandement ou par un enquêteur du Service national d'enquêtes des Forces canadiennes<sup>51</sup>. Le procès sommaire est présidé par des officiers occupant des positions précises dans la chaîne de commandement<sup>52</sup>. Ce tribunal est compétent pour juger les infractions énumérées à l'article 108.07 des ORFC, ce qui inclut certaines des infractions prévues au Code criminel et à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*<sup>53</sup>. Contrairement à la cour martiale, l'accusé n'a pas le droit d'être représenté par un avocat devant ce tribunal. Le commandant peut infliger une peine maximale de détention d'une période de 30 jours ou une peine moindre. La compétence du procès sommaire est limitée à une liste d'infractions qui visent à régler les dossiers mineurs liés au maintien de la discipline de l'unité<sup>54</sup>. On peut demander la révision du procès sommaire à l'officier immédiatement supérieur envers qui l'officier ayant présidé le procès sommaire est responsable pour les questions de discipline<sup>55</sup>.

La cour martiale a aussi une fonction à la fois pénale et disciplinaire. Le tribunal obéit à des règles de procédures au procès qui sont semblables à celles utilisées devant les tribunaux civils de juridiction criminelle. La décision de porter des accusations devant ce tribunal est prise par le Directeur des poursuites militaires<sup>56</sup>. Tout comme les cours de juridiction criminelle, la cour martiale est assujettie à un processus judiciaire. C'est donc à travers ce processus que la cour martiale accomplit sa fonction disciplinaire. Des juges militaires, regroupés dans une unité distincte ne relevant pas de la chaîne de commandement, président les cours martiales. Ce tribunal militaire offre des garanties d'indépendance

---

23. Voir également les art. 107.03, 107.11, 109.05 et 110.04 des ORFC.

51. Voir les art. 107.02, 107.03, 107.09, 107.11 et 107.12 des ORFC.

52. Il s'agit du commandant, de l'officier délégué nommé par le commandant et du commandant supérieur. Voir les art. 108.06, 108.10 et 108.12 des ORFC.

53. L.C. 1996, c. 19.

54. Voir les art. 108.02, 108.07 et 108.25 des ORFC.

55. Voir l'art. 108.45 des ORFC.

56. Voir les paragraphes 110.04 (1) et 110.06(1) des ORFC.



judiciaire et d'impartialité comparables à celles exigées des tribunaux civils<sup>57</sup>. Enfin, on peut faire appel des décisions de la cour martiale à la Cour d'appel des cours martiales et, subséquemment, à la Cour suprême du Canada<sup>58</sup>.

La compétence des deux types d'audiences militaires dépend de la classification des infractions prévues dans la réglementation applicable, du grade de l'accusé et, sauf exception, du droit de l'accusé de choisir d'être jugé devant la cour martiale. Les infractions énumérées à l'ORFC 108.07 sont de la compétence des deux tribunaux. Les infractions qui n'y sont pas énumérées sont de la compétence exclusive de la cour martiale. Celle-ci peut donc juger tous les justiciables pour toutes les infractions d'ordre militaire. Le procès sommaire ne peut juger que les justiciables du grade de soldat à major inclusivement<sup>59</sup>. Les justiciables du grade de lieutenant-colonel ou d'un grade supérieur doivent obligatoirement être jugés par la cour martiale, peu importe la nature des infractions faisant l'objet des accusations portées contre eux. Sauf pour les infractions spécifiquement énumérées au paragraphe 108.17(1)a) des ORFC, les accusés du grade de soldat à major ont le droit de choisir d'être jugés par la cour martiale lorsque les autorités ont décidé de disposer de l'affaire par procès sommaire<sup>60</sup>.

L'entrée en vigueur de la Charte et l'interprétation que les tribunaux lui ont donnée, ont entraîné des modifications législatives qui ont eu pour effet de

---

57. *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673 à la p. 689. La cour stipule : «Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial... [...]».

58. Art. 230 et 245 LDN.

59. Les militaires d'un grade inférieur à celui de lieutenant-colonel ou le militaire du rang d'un grade supérieur à celui de sergent doivent être jugés par procès sommaire au niveau du commandant supérieur. L'art. 163 de la LDN prévoit que le commandant peut juger sommairement les accusés de grade d'élève officier.

60. Il s'agit des infractions aux articles suivants de la LDN : 85 (Acte d'insubordination), 86 (Querelles et désordres), 90 (Absence sans permission), 97 (Ivresse) et 129 (Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline), mais seulement lorsque l'infraction se rapporte à la formation militaire, à l'entretien de l'équipement personnel, des quartiers ou du lieu de travail, ou à la tenue et au maintien.

reconsidérer et de réviser la classification des infractions militaires<sup>61</sup>. L'objectif de cette nouvelle classification visait essentiellement à préciser davantage la compétence respective des tribunaux militaires dans le but avoué d'assurer la survie du procès sommaire, considéré indispensable au système, alors qu'aucune mesure n'a été prise pour réviser et réformer les infractions militaires comme telles<sup>62</sup>. Nous suggérons que l'étude de la nature et de la gravité de ces infractions est indispensable à une réforme globale du système de justice militaire. Les infractions militaires sont les piliers du code de discipline et la raison d'être d'un système de justice militaire distinct.

Cette thèse ne fera aucune recommandation à savoir si telle ou telle infraction devrait être de la compétence du procès sommaire ou de la cour martiale mais suggérera une approche pour évaluer la nature et la gravité des infractions militaires pour ensuite faire l'analyse de l'article 129 dans ce nouveau contexte. Pour ce faire, nous devons procéder au reclassement des infractions pour ensuite être en mesure de suggérer une nouvelle approche dans l'utilisation de l'article 129.

---

61. Avant les modifications réglementaires de 1997, on pouvait juger sommairement de presque toutes les infractions d'ordre militaire à condition que l'accusé ait refusé d'exercer son droit d'être jugé par la cour martiale. Voir l'ancien art. 108.31 des ORFC.

62. *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 46. Le rapport énonce : «Nous considérons comme capitale la question de la validité constitutionnelle de la procédure sommaire actuelle, étant donné que ces procès sont au cœur même du système de justice militaire». Voir également le *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 16.

## **Partie I - LES INFRACTIONS D'ORDRE MILITAIRE : UN CODE D'INFRACTIONS ORIENTÉ VERS LE SUCCÈS DE LA MISSION**

### **A. Un système de classification des infractions qui n'encadre pas suffisamment l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des intervenants**

#### **1. Les classifications proposées par les études ayant donné lieu aux réformes législatives actuelles**

On constate que les infractions, en général, visent toute une gamme de comportements des plus anodins aux plus graves. Par exemple, on qualifiera de «vol qualifié» à la fois le fait de frapper une vieille dame pour lui prendre son sac à main et celui de faire un vol à main armée dans une banque avec des complices armés. Dans le cas des infractions de l'article 129, cette diversité se reflète non seulement dans la gravité des actes posés, mais aussi dans leur nature même. Il nous semble donc nécessaire d'examiner à quels comportements l'article 129 s'applique et à quelles fins systémiques il sert.

Pour ce faire, on doit procéder au classement des infractions. Diverses instances ont abordé la question du classement des infractions d'ordre militaire. Avant de proposer un nouveau modèle taxonomique nous allons passer en revue leurs recommandations et conclusions.

Nous ferons d'abord référence aux travaux de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie<sup>63</sup>. On se rappellera que cette commission avait été établie par le gouvernement en mars 1995<sup>64</sup> afin d'examiner les circonstances troublantes entourant les événements survenus en Somalie en 1992-1993. Ces incidents avaient escaladé jusqu'à la torture et le

---

63. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, supra note 27.

64. La commission a été établie le 20 mars 1995 et le dépôt de son rapport fixé au 20 décembre 1995. La date du dépôt fut reportée à trois reprises, soit au 28 juin 1996, au 31 mars 1997 et finalement au 30 juin 1997. Il est intéressant de constater que le *Rapport d'enquête sur la Somalie* a été rendu public dans la même année que le *Rapport Dickson*, supra note 14, a été déposé.

meurtre, en mars 1993, d'un jeune somalien alors détenu par les Forces canadiennes. La convocation de cette enquête publique coïncidait avec des allégations d'actions inappropriées survenues à l'hôpital de Bakovici lors d'une mission en Bosnie-Herzégovine et des incidents de harcèlement sexuel.

La commission d'enquête présidée par l'Honorable juge Létourneau, avait été constituée dans le but d'enquêter et de faire rapport sur le système de la chaîne de commandement, le leadership, la discipline, les opérations, le système de justice militaire, les actes et les décisions des Forces canadiennes ainsi que les mesures et décisions prises par le ministère en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie. La commission a présenté son rapport au gouvernement le 30 juin 1997. Ce rapport constitue sans contredit l'une des études les plus élaborées sur les Forces canadiennes. Dès son dépôt, le rapport fut pris à partie par le gouvernement comme étant trop critique, figé dans le temps et ne tenant pas compte des réformes qui avaient déjà été effectuées. Malgré ces critiques, 132 des 160 recommandations du rapport ont été retenues alors que les 28 restantes ont été mises en oeuvre par des moyens alternatifs<sup>65</sup>.

Le rapport s'est penché particulièrement sur la capacité du système de justice militaire à réagir aux incidents reliés au déploiement des Forces canadiennes en Somalie. Le système de justice militaire est le mécanisme ultime de contrôle de l'inconduite dans les forces armées. La commission s'est donc attardée aux grandes composantes de ce système, soit l'enquête, la poursuite et le processus disciplinaire. Après avoir identifié et analysé les problèmes systémiques reliés à la justice militaire, la commission a fait ses recommandations afin de pallier aux difficultés identifiées par l'enquête. Une des recommandations prévoyait notamment la restructuration du régime disciplinaire suivant une nouvelle classification des infractions d'ordre militaire. Les infractions deviendraient alors sujettes à des procédures d'enquête et de poursuite distinctes en fonction de leur nature et de leur gravité. Les manquements mineurs à la discipline devraient se restreindre aux inconduites qui ne peuvent justifier la détention, l'emprisonnement ou le renvoi et seraient

---

65. Le rapport de la Commission contient 48 recommandations sur la justice militaire, dont 37 ont été acceptées en tout ou en partie.

alors de la compétence du procès sommaire. Les manquements graves à la discipline et les inconduites de nature criminelle seraient quant à eux de la compétence de la cour martiale<sup>66</sup>.

Pour évaluer la nature et la gravité des comportements visés par le Code de discipline militaire, la Commission d'enquête sur la Somalie s'est attardée en premier lieu à définir comment elle comprenait la notion de discipline dans le contexte militaire. Selon elle, la discipline militaire a deux composantes essentielles soit «l'imposition de lois, de normes et de mœurs, et leur application à des fins correctives et parfois punitives» et une seconde, davantage importante dans le contexte militaire, «l'application de moyens de contrôle cherchant à canaliser l'énergie et la motivation de tous dans la poursuite d'un objectif commun»<sup>67</sup>. La discipline permet une application contrôlée de la force dans l'accomplissement de l'objectif militaire en permettant de canaliser l'effort de chacun en fonction des besoins du groupe vers le succès de la mission. La probabilité de succès d'une mission dépend du degré de cohésion qui existe entre les soldats. Cette cohésion se retrouve essentiellement chez les soldats disciplinés<sup>68</sup>. Dans cette optique, le système de justice militaire doit, tout comme le système pénal civil, chercher à promouvoir l'ordre public en général en faisant respecter les normes de la société canadienne énumérées dans le code criminel et aux autres lois fédérales. Le système doit aussi chercher à promouvoir une stricte discipline, l'efficacité et le bon moral des forces en vue de la réalisation de la mission militaire<sup>69</sup>.

Le Rapport d'enquête sur la Somalie ne recommandait pas la création de nouvelles infractions mais préconisait plutôt une nouvelle classification qui

---

66. Notons que cette recommandation de la commission n'a pas été retenue lors des réformes législatives qui ont suivi. L'art. 108.07 des ORFC limite la compétence du procès sommaire à une liste d'infractions d'ordre militaire spécifiques ainsi qu'à 8 infractions criminelles particulières qui sont considérées comme essentielles pour maintenir la discipline au niveau de l'unité. Le pouvoir de punition maximal du procès sommaire fut réduit de 90 à 30 jours de détention. Ces modifications devraient assurer la distinction entre les infractions d'ordre militaire de nature mineure et sérieuse tout en tenant compte des circonstances dans lesquelles l'inconduite s'est produite. Voir l'ORFC 108.17.

67. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, supra note 27.

68. *Ibid.* à la p. 26

69. *Ibid.*, 1447 et voir *R. c. Généreux*, supra note 13 à la p. 293.

tiendrait compte de la distinction entre les inconduites disciplinaires et criminelles. Certaines infractions ne revêtent pas un caractère criminel et ne donneraient lieu à aucune peine dans la vie civile. On n'a qu'à penser aux infractions de désertion, d'insubordination, et faire preuve de lâcheté face à l'ennemi<sup>70</sup>. Le Rapport d'enquête sur la Somalie recommanda la classification des infractions militaires suivant les trois catégories d'inconduites suivantes :

- a) Les manquements mineurs à la discipline, c'est-à-dire les fautes que l'on ne considère pas comme suffisamment importantes pour justifier la détention, le renvoi ou l'emprisonnement. À titre d'exemples, mentionnons le fait de ne pas saluer un autre membre des forces ou de se quereller avec lui. Cette catégorie ne comprendrait pas les infractions militaires anciennement énumérées à l'article 108.31(2) des ORFC<sup>71</sup>;
- b) Les manquements graves à la discipline, c'est-à-dire les fautes considérées comme suffisamment importantes pour justifier la détention, l'emprisonnement ou le renvoi. À titre d'exemples, mentionnons le fait de se livrer à des activités d'espionnage pour le compte de l'ennemi ou de prendre part à une mutinerie. Seraient assimilables à cette catégorie les inconduites similaires à celles prévues à l'ancien article 108.31(2) des ORFC mais ne

---

70. Voir respectivement les articles 88 (désertion), 85 (acte d'insubordination) et 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi) de la LDN.

71. Les infractions de la LDN visées par l'ancien paragraphe 108.31(2) ORFC étaient les articles 73 (manquement au devoir face à l'ennemi-commandant), 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 (infractions en matière de sécurité), 76 (infractions à l'égard des prisonniers de guerre), 77 (infractions relatives aux opérations), 78 (espionnage au service de l'ennemi), 79 (mutinerie avec violence), 80 (mutinerie sans violence), 81 (infractions liées à la mutinerie), 82 (préconiser le renversement du gouvernement par la force), 84 (violence envers un supérieur, mais seulement dans le cas d'une accusation d'avoir frappé un supérieur ou d'avoir employé la violence envers lui), 88 (désertion), 92 (conduite scandaleuse de la part d'officiers), 94 (propos traîtres ou déloyaux), 98 (simulation ou mutilation, mais a) et b), seulement lorsqu'en service actif ou si tenu de se présenter au service actif), 99 (détention inutile), 104 (perte, échouement ou mise en danger de navires), 105 (infractions à l'égard des convois), 107 (actes dommageables relatifs aux aéronefs, mais seulement lorsque l'action ou l'omission est volontaire), 111(1) a) et b) (conduite répréhensible de véhicules), 113 (incendie, mais seulement lorsque l'action ou l'omission cause un incendie ou est volontaire), 114 (vol), 115 (recel), 119 (faux témoignage), 128 (complot), 130 (procès militaire pour des infractions d'ordre civil) et 132 (infractions en vertu de lois en vigueur à l'étranger).

comprendraient pas les infractions relevant du Code criminel ou d'autres lois fédérales;

c) Les inconduites de nature criminelle, c'est-à-dire les inconduites qui constituent une infraction en vertu du Code criminel ou d'autres lois fédérales<sup>72</sup>.

Outre celles qui sont spécifiquement exclues de la liste des manquements mineurs à la discipline «les infractions énumérées à l'ancien article 108.31(2) des ORFC», la distinction entre un manquement grave et un manquement mineur à la discipline serait fonction de la sanction justifiée en cas de condamnation. Le commandant décidera alors si la faute constitue un manquement mineur ou grave à la discipline selon les circonstances entourant la faute en question. Les manquements mineurs seraient de la compétence du procès sommaire. Ce tribunal s'apparenterait aux tribunaux disciplinaires dont disposent les corporations professionnelles. Le commandant ne pourrait pas condamner les contrevenants à des peines de détention, d'emprisonnement ou de renvoi. La décision du commandant de donner suite ou de rejeter les accusations n'empêcherait pas une poursuite pénale subséquente pour la même infraction. Le régime de preuve serait celui de la prépondérance des probabilités et l'accusé n'aurait pas droit au recours à un avocat. Suivant cette nouvelle approche, le commandant ne pourrait exercer ses pouvoirs d'enquête, de poursuite et de sanction que dans les cas de manquements mineurs à la discipline<sup>73</sup>.

Les manquements graves et les inconduites de nature criminelle seraient de la compétence de la cour martiale. Ces inconduites feraient l'objet de procédures d'enquête, de mise en accusation et de poursuite indépendantes tout comme dans les cas de poursuites pénales civiles. La norme de preuve serait celle du droit criminel, soit la preuve hors de tout doute raisonnable et l'accusé aurait droit aux services d'un avocat. L'accusé pourrait choisir d'être jugé par un tribunal civil s'il était passible d'une peine d'emprisonnement de 5 ans ou plus pour ainsi avoir droit à un procès avec jury<sup>74</sup>.

---

72. *Rapport d'enquête sur la Somalie, supra note 27, vol. 5 à la p. 1450.*

73. *Ibid.* à la p. 1450.

74. *Rapport d'enquête sur la Somalie, supra note 27 à la p. 1449.*

Toujours dans la lignée des événements ayant mené au Rapport d'enquête sur la Somalie, le ministre de la défense nationale ordonnait, le 17 janvier 1997, l'établissement du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire pour évaluer le code de discipline militaire<sup>75</sup>. Ce groupe consultatif externe présidé par l'ancien juge en chef de la cour suprême du Canada, le regretté Brian Dickson, avait comme mandat d'entreprendre une analyse du système de justice militaire et de proposer des réformes<sup>76</sup>. Le groupe consultatif déposa son rapport au ministre le 14 mars 1997, trois mois après le début de ses travaux. Ce rapport devait être un élément fondamental d'un examen approfondi des Forces armées canadiennes dont l'objectif principal était de rétablir la confiance du public canadien<sup>77</sup>. Les 35 recommandations du Rapport Dickson furent appuyées sans réserve par le ministre de la défense nationale et retenues dans les réformes législatives de 1997 et 1999<sup>78</sup>.

Le Rapport Dickson reconnaissait que le maintien de la discipline est essentiel au fonctionnement des forces armées; la nature particulière de plusieurs infractions militaires témoignant d'ailleurs de cette exigence<sup>79</sup>.

Voici la classification suggérée par le rapport Dickson :

---

75. *Rapport Dickson, supra* note 14.

76. *Ibid.*, annexe A à la p. 1. L'orientation du ministre de la défense stipule : «Le Groupe consultatif spécial a pour mandat, en ce qui concerne la justice militaire, d'évaluer le code de discipline militaire, non seulement en tenant compte de son objectif sous-jacent, mais aussi en tenant compte de la nécessité de posséder des tribunaux militaires mobiles capables, grâce à des méthodes à la fois rapides et équitables, de fonctionner en temps de paix comme en temps de guerre, au Canada et à l'étranger».

77. Dans cette réforme, on retrouve le *Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 25 mars 1997, le *Rapport du groupe consultatif spécial sur le rôle quasi-judiciaire du ministre de la défense nationale*, Ottawa, 25 juillet 1997, le *Rapport de la commission spéciale sur la restructuration des réserves*, Ottawa, 30 octobre 1995 et le document intitulé : Une volonté de changement, *Rapport sur les recommandations de la Commission d'enquête sur la Somalie*, Ottawa, octobre 1997.

78. Voir le *Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 25 mars 1997.

79. Par exemple : art. 85 (acte d'insubordination), art. 90 (absence sans permission.) et art. 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline) de la LDN.



- a) Les infractions de nature militaire «les articles 73 à 129 de la LDN». Les infractions de nature proprement militaire de différents niveaux de gravité<sup>80</sup>, «absence sans permission, insubordination, désobéissance à un ordre légitime» et les infractions de nature essentiellement criminelle au sens courant, «vol (art. 114 LDN), recel (art. 115 LDN), complot (art. 128 LDN), etc.»;
- b) Les infractions criminelles incorporées dans le code de discipline militaire en vertu de l'article 130 de la LDN, à savoir les infractions mentionnées dans le Code criminel et les autres lois fédérales. Seraient exclues de la compétence du système de justice militaire les infractions suivantes, lorsque commises au Canada : le meurtre, l'homicide involontaire coupable, les infractions visées aux articles 280 à 283 du Code criminel. Ces dernières infractions seraient soustraites à la compétence des tribunaux militaires car leurs répercussions dans la société surpasseraient l'intérêt des Forces canadiennes pour ce qui est du maintien de la discipline;
- c) Les infractions en vertu d'une loi du pays où le militaire est en poste, «article 132 LDN»<sup>81</sup>.

Pour ce qui est de la peine au niveau du procès sommaire, le Rapport Dickson préconisait le maintien de la punition de détention mais recommandait que la période maximale de détention soit réduite d'une période de 90 jours à 30 jours<sup>82</sup>. La peine de détention pouvait se justifier comme instrument

---

80. Par exemple : Les infractions relatives à l'insubordination : violence envers un supérieur (art. 84 LDN) qui prévoit la peine maximale de l'emprisonnement à perpétuité; l'acte d'insubordination (art. 85 LDN) prévoit la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté et les querelles et désordres (art. 86 LDN) prévoit l'emprisonnement de moins de 2 ans; l'infraction relative à la conduite répréhensible de véhicules militaires (art. 111 LDN) prévoit l'emprisonnement de 5 ans; l'usage non-autorisé de véhicules militaires (art. 112 LDN) prévoit un emprisonnement de moins de 2 ans; les infractions contre les biens : l'incendie (art. 113 LDN) prévoit l'emprisonnement à perpétuité, le vol (art. 114 LDN) prévoit l'emprisonnement de 7 ans, le recel (art. 115 LDN) prévoit l'emprisonnement de 7 ans, dommage, perte ou aliénation irrégulière (art. 116 LDN) prévoit l'emprisonnement de moins de 2 ans et infractions diverses de nature frauduleuse (art. 117 LDN) prévoient l'emprisonnement de moins de 2 ans.

81. *Rapport Dickson*, supra note 14 à la p. 17.

82. *Rapport du GTPS*, supra note 47 aux pp. 99-107. Le GTPS avait proposé une forme de détention «correctionnelle» dont l'objectif principal en était un de réforme plutôt que de punition. Cette recommandation n'a toutefois pas été retenue.

disciplinaire ou à tout le moins pourrait être justifiable sous l'article premier de la Charte<sup>83</sup>.

Le rapport reconnaissait que plusieurs efforts avaient été déployés par le Groupe de travail sur les procès sommaires<sup>84</sup> en vue de catégoriser les infractions et les peines qu'elles pouvaient entraîner, mettant en lumière les difficultés du système de justice militaire canadien qui doit à la fois répondre aux besoins disciplinaires des Forces canadiennes tout en demeurant compatible avec les principes de la primauté du droit. Ce système doit être utilisé à la fois comme outil de leadership pour promouvoir la discipline et l'efficacité militaire et comme outil de justice<sup>85</sup>.

Le Rapport Dickson était d'opinion que les circonstances entourant la commission d'une infraction et sa sanction éventuelle devaient être aussi des facteurs à considérer dans le classement des infractions mineures et des infractions graves. Ces facteurs auraient également une influence quant au type de tribunal militaire choisi et conséquemment quant aux protections procédurales offertes à l'accusé<sup>86</sup>.

Le Rapport Dickson reconnaissait cependant les avantages d'établir une distinction entre les infractions mineures et les infractions graves. Une telle distinction faciliterait le choix du type d'enquête approprié, assurerait l'indépendance de la poursuite et assisterait le commandant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de disposer de l'affaire par procès sommaire ou par cour martiale. Le Rapport Dickson conclut cependant qu'il est impossible d'établir une distinction claire et précise entre les infractions mineures et les infractions graves et adopta donc l'approche que recommandait le Rapport du GTPS<sup>87</sup>.

---

83. *Rapport Dickson, supra* note 14 à la p. 51.

84. *Rapport du GTPS, supra* note 47.

85. *Rapport Dickson, supra* note 14 aux pp. 17-18.

86. *Ibid.* à la p. 48.

87. *Rapport du GTPS, supra* note 47. C'est d'ailleurs cette approche qui fut retenue lors des modifications législatives de 1997 et 1999. L'art. 108.17 des ORFC précise cinq infractions d'ordre militaire pour lesquelles il n'est pas nécessaire, si elles sont poursuivies au niveau du procès sommaire, de fournir à l'accusé le droit d'être jugé devant une cour martiale. Il s'agit des infractions prévues aux articles suivants : art. 85 (acte d'insubordination), art. 86

## **2. La classification adopté lors de la réforme du système de justice militaire**

Le GTPS est un groupe de travail interne qui avait été formé suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Généreux* en 1992. On se rappellera que cette décision de la plus haute cour canadienne déclarait que la Cour martiale générale, telle que constituée à l'époque, portait atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et que cette violation était incompatible avec la Charte. Il devint alors évident que le procès sommaire, tel qu'alors constitué, ne satisfaisait probablement pas lui non plus aux exigences constitutionnelles. Toutes les contestations judiciaires entreprises jusqu'alors par voie de procédures de révision contre le procès sommaire à la Cour fédérale s'étaient toujours soldées par des règlements hors cour<sup>88</sup>. Des changements devaient donc être initiés afin d'éviter que les tribunaux civils n'imposent un système qui pouvait ne pas répondre aux besoins disciplinaires des Forces canadiennes<sup>89</sup>.

---

(querelles et désordres), art. 90 (absence sans permission), art. 97 (ivresse) et art. 129 (mais seulement lorsque l'infraction se rapporte à la formation militaire, à l'entretien de l'équipement personnel, des quartiers ou du lieu de travail, ou à la tenue et au maintien) de la LDN. Ces cinq infractions pourraient, en quelque sorte, relever exclusivement des procès sommaires. Le règlement précise cependant que les cinq infractions énumérées seront de la compétence exclusive du procès sommaire que dans les cas suffisamment mineurs où l'officier qui préside au procès sommaire conclut à l'avance qu'une peine de détention, de rétrogradation ou une amende dépassant 25% de la solde mensuelle de base, ne serait pas justifiée si l'accusé était reconnu coupable de l'infraction. Une modification proposée aux ORFC prévoit ajouter à l'exception déjà prévue à l'art. 129 (mentionnée ci-dessus), toutes contraventions aux ordres ou instructions émis en vertu de l'article 4.12 des ORFC (ordres de commandement) ou de l'article 4.21 des ORFC (ordre permanent émis au niveau de l'unité). Cette modification projetée de l'ORFC 108.17 n'est cependant pas encore en vigueur.

88. *Glowczewski c. Canada* (1989), 27 F.T.R. 112 (1<sup>re</sup> inst.); *Veilleux c. Canada* (1991), A.C.F. n° 821 T-2174-91 et *Fontaine c. Canada* (1990), 44 F.T.R. 266. Dans ces trois dossiers, les membres avaient été condamnés à la détention à la suite de procès sommaires. Lors des requêtes préliminaires ayant précédé l'audition au fond des dossiers, la Cour fédérale ordonnait la libération des membres condamnés à la détention en déclarant que les dispositions de la LDN et des ORFC contrevenaient aux articles 7, 9, 11(e), 15(1) et 24(1) de la Charte. Aucun dossier n'a cependant fait l'objet d'une décision finale de la Cour. Les trois dossiers ont plutôt fait l'objet de règlements hors cour suite à une modification à la baisse de la sentence initialement imposée.

89. *Rapport du GPTS, supra* note 47 aux pp. 5-6.

Le GTPS avait comme mandat d'identifier les violations constitutionnelles possibles de la procédure sommaire et de faire des recommandations pour la moderniser. Ces modifications devaient être suffisantes pour garantir la survie du procès sommaire s'il devait faire l'objet d'un débat constitutionnel. Le GTPS prenait pour acquis que le système de procès sommaire était indispensable à la capacité opérationnelle des Forces canadiennes<sup>90</sup>.

Comme nous l'avons mentionné, le Rapport Dickson a adopté de façon générale les résultats et conclusions de l'analyse du GTPS<sup>91</sup>. Il nous apparaît donc essentiel de revoir leurs travaux sur l'analyse et la classification des infractions militaires. Tout comme la Commission d'enquête sur la Somalie et le Rapport Dickson, le GTPS insistait sur le fait selon lequel le maintien de la discipline dans les forces armées est unique et particulier à cette institution<sup>92</sup>. L'existence de forces armées disciplinées est une condition indispensable à la défense du Canada<sup>93</sup>. Les manquements à la discipline devraient donc être sanctionnés par des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes particulières de la discipline militaire. Ces tribunaux seraient les seuls qui permettraient aux forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes<sup>94</sup>. Selon le groupe de travail, le système des procès sommaires serait beaucoup plus apte à répondre à ces besoins particuliers des Forces canadiennes que celui des cours martiales<sup>95</sup>.

Dans son étude quant à l'importance de la discipline dans le contexte opérationnel des forces armées, le GTPS mentionne :

Often the difficulty in accepting that the objective of maintaining a disciplined armed force is so important that administrative expediency should be viewed as a justifiable limit under s.1 at all times, arises

---

90. *Ibid.* à la p. 33.

91. *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 48.

92. *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 64.

93. *Rutherford c. R.* (1983), 4 C.M.A.C. 262.

94. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 283.

95. *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 61.

primarily when the deployment of the armed forces in their assigned roles is linked solely to the concept of «war». In reality there is no longer any readily identifiable distinction between peace and war. Canada's armed forces are not maintained solely to repel, or deter, an aggressor in a large scale international conflict. The threat of international terrorism, internal security problems, and the requirement for United Nations and national sovereignty operations all involve threats to Canada as a free and democratic society. All of these threats exist in times of «peace». Military forces are maintained to counter those threats for the very same reasons that they are deployed in times of large scale armed conflicts. Those forces provide a unique mix of discipline, training and equipment that enable them to be used as a force of «last resort» in protecting the country. Of these factors it is discipline which is of primary importance in setting the armed forces apart from civilian society, and the police and other agencies that protect that society under «normal» situations<sup>96</sup>.

La classification suggérée par le GTPS se fondait principalement sur une analyse des infractions en fonction des critères élaborés par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Wigglesworth* et *Généreux*<sup>97</sup>. Avant de s'attarder à leurs recommandations, revoyons d'abord les grandes lignes de ces décisions.

Dans l'affaire *Wigglesworth*, la Cour suprême avait à décider si la déclaration de culpabilité d'un membre de la GRC relativement à une infraction majeure au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*<sup>98</sup> empêchait des procédures criminelles ultérieures au terme du Code criminel. Pour trancher la question, la cour se devait de décider si l'infraction majeure au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* pouvait être considérée comme une infraction au sens de l'article 11 de la Charte. Le tribunal devait ensuite déterminer si l'alinéa 11h) de la Charte devait s'appliquer aux faits particuliers de la cause<sup>99</sup>.

---

96. *Rapport du GTPS, supra* note 47 aux pp. 72-73.

97. *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Généreux, supra* note 13.

98. *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9.

99. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 11h).

La Cour, à la majorité, fut d'opinion que les droits garantis par l'article 11 de la Charte protègent les citoyens lorsqu'ils sont poursuivis pour une infraction de nature publique. Par infraction de nature publique, on entend la contravention à des règles qui «vise[nt] à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique...»<sup>100</sup>. Un manquement qui n'est pas de nature publique relèvera également de l'article 11 de la Charte si une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale<sup>101</sup>. En raison du fait que le membre de la GRC était susceptible de se voir imposer une peine d'une année d'emprisonnement par le tribunal de service de la GRC, la cour conclut que l'article 11 de la Charte s'appliquait. Une condamnation devant le tribunal disciplinaire pouvait donc entraîner de véritables conséquences pénales. La juge Wilson, au nom de la majorité, conclut cependant que l'alinéa 11h) n'avait pas été violé en ce sens que l'accusé n'avait pas été jugé ni puni à deux occasions pour son inconduite qui, selon la cour, avait donné naissance à deux infractions différentes<sup>102</sup>.

---

100. Voir à la remarque de la cour dans l'affaire *R. c. Wigglesworth*, *supra* note 97 à la p. 560.

101. *Ibid.* à la p. 560.

102. *Ibid.* à la p. 568. Le juge Estey (dissident) est plutôt d'opinion qu'il s'agit de la même conduite, que la possibilité qu'une année d'emprisonnement soit imposée par le tribunal de la GRC indique qu'il y a une véritable conséquence pénale et que conséquemment l'alinéa 11h) de la Charte devrait recevoir application.

Dans l'affaire Généreux, les remarques suivantes du juge Lamer nous semblent également pertinentes pour comprendre l'analyse proposée par le GTPS pour défendre sa classification des infractions d'ordre militaire :

Il m'apparaît clair que l'art. 11 de la *Charte* est applicable aux procédures de la cour martiale générale en l'espèce pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics. *Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, [...], se rapportent à des affaires de nature publique. [...]* Les tribunaux militaires jouent donc le même rôle que les cours criminelles ordinaires, soit punir les infractions qui sont commises par des militaires [...]. En effet, l'accusé qui est jugé par un tribunal militaire ne peut pas être jugé également par une cour criminelle ordinaire (art. 66 et 71 de la *Loi sur la défense nationale*). Pour ces raisons, je conclus que l'appelant, qui est accusé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*. De toute façon, l'appelant risquait l'emprisonnement en l'espèce. *Même si l'affaire n'était pas de nature publique, l'art. 11 de la Charte s'appliquerait néanmoins à cause de la possibilité de l'imposition de véritables conséquences pénales*<sup>103</sup>. (nos italiques)

Avant de proposer son modèle de classification des infractions d'ordre militaire, le GTPS nota toutefois qu'il considérait regrettables les remarques du juge Lamer à l'effet qu'il existait deux catégories d'infractions militaires : les infractions disciplinaires internes et les infractions militaires similaires aux infractions criminelles qui devenaient ainsi de nature publique<sup>104</sup>.

---

103. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 aux pp. 281-282.

104. *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 83. On y stipule : «It is perhaps unfortunate that the Supreme court of Canada in Genereux has taken the position that some service offences could be internal disciplinary offences, while others, due to their similarity to civilian criminal offences are public order offences.» À la page. 79 on stipule : «The public nature

Voici la classification suggérée par le GTPS :

- a) Les infractions militaires de nature publique entraînant des sanctions punitives, c'est-à-dire des infractions criminelles, quasi-criminelles et de nature réglementaire, qui par leur nature même et sans égard à leur gravité objective, sont de nature publique. Ces infractions visent à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique. Par exemple, les infractions criminelles incorporées dans le Code de discipline militaire en vertu de l'article 130 de la LDN. On retrouve également dans cette catégorie les infractions au Code de discipline militaire qui sont identiques ou semblables aux infractions criminelles. Par exemple, le vol (art. 114 LDN), le recel (art. 115 LDN) la conduite d'un véhicule des Forces canadiennes avec les facultés affaiblies par l'alcool (art. 111 b) LDN), l'incendie (art. 113 LDN).
- b) Les infractions militaires disciplinaires ou les infractions de nature purement militaire. Elles sont relatives aux affaires privées, internes ou disciplinaires. De nature réglementaire, protectrice ou corrective, elles sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée<sup>105</sup>.

Le GTPS soulignait l'aspect artificiel de la classification des infractions d'ordre militaire qui sont identiques ou semblables à des infractions criminelles dans la catégorie des infractions de nature publique qu'il s'est senti imposé par la décision dans l'affaire Généreux, car pour le groupe de travail, il s'agit d'infractions d'ordre militaire. Malgré que le GTPS fasse cette distinction, il considérerait que le commandant ne pouvait ignorer certaines de ces infractions sans compromettre l'autorité de la chaîne de commandement<sup>106</sup> et qu'il devait continuer à pouvoir les juger au niveau du procès sommaire<sup>107</sup>.

---

of the proceeding is largely determined by the type of offence falling within the jurisdiction of the tribunal.» Et à la page 84 : «The difficulty in identifying service offences as criminal offences or internal disciplinary infractions highlights the unique nature of military law.»

105. *Rapport du GTPS, supra* note 47 aux pp. 78-96.

106. *Ibid.* à la p. 84.

107. *Ibid.* à la p. 96. Le rapport stipule : «Having determined that summary jurisdiction should be retained over offences which, by their nature, are public order offences the determination of whether trying officers should be able to award penal consequences is a moot point



Le rapport du GTPS démontre bien les difficultés qu'il a rencontrées; ainsi, il n'a pas pu réellement séparer les infractions des facteurs procéduraux, comme la compétence du procès sommaire, le rôle disciplinaire essentiel que joue celui-ci dans les Forces canadiennes et la nécessité de renforcer l'autorité des officiers responsables du maintien de la discipline.

Le GTPS, considérant que les pouvoirs du commandant au procès sommaire devaient être de nature correctionnelle afin d'inculquer au membre l'obéissance instinctive aux ordres légitimes, recommanda que l'on supprime au niveau du procès sommaire la peine de détention et proposa plutôt la création

---

regarding whether s. 11 of the Charter applied to those proceeding.» Le GTPS recommandait que le procès sommaire conserve la compétence à l'égard des infractions suivantes : Les infractions prévues aux articles: 86 (querelles et désordres), 87 (désordres), 89 (connivence dans le cas de désertion), 90 (absence sans permission), 91 (fausse déclaration concernant un congé), 95 (mauvais traitement à l'égard de subalternes), 96 (fausses accusations ou déclarations), 97 (ivresse), 99 (détention inutile, sans jugement ou non-signalée), 100 (libération non autorisée ou aide à l'évasion), 101 (évasion), 102 (résistance à la police militaire dans l'exercice de ses fonctions), 103 (refus de livraison ou d'assistance au pouvoir civil), 107 (actes dommageables relatifs aux aéronefs), 108 (signature d'un certificat inexact), 109 (vol à trop basse altitude), 112 (usage non-autorisé de véhicule des FC), 113 (incendie), 116 (dommage, perte ou aliénation irrégulière), 117 (infractions diverses de nature frauduleuse), 118(2) (outrage au tribunal), 120 (mauvaise conduite dans les cantonnements), 126 (refus d'immunisation ou d'examens médicaux) et 127 (négligence dans la manutention de matières dangereuses) de la LDN. Cette liste d'infractions a été retenue dans la nouvelle législation de 1999. Les infractions prévues aux articles : 83 (désobéissance à un ordre légitime), 84 (violence envers supérieur), 98 (simulation ou mutilation), 106 (désobéissance aux ordres du commandant), 110 (désobéissance aux ordres du commandant) qui prévoient des peines d'emprisonnement à perpétuité, 85 (acte d'insubordination), 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline) qui prévoient la destitution ignominieuse du service de sa Majesté, 93 (cruauté ou conduite déshonorante) et 111 (conduite répréhensible des véhicules) qui prévoient l'emprisonnement de cinq ans, 114 (vol) et 115 (recel) qui prévoient l'emprisonnement de 7 ans et 125 (infractions relatives aux documents) l'emprisonnement de 3 ans, de la LDN. La compétence du procès sommaire relative aux infractions prévues aux articles 124 et 125 de la LDN n'a pas été retenue dans la nouvelle réglementation. Le GTPS recommandait que les infractions prévues aux articles 74 para a), c), f) et h) (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 paragraphes c), d), e), f), h) et i) (relatif à la sécurité) et 77 (diverses infractions relatives aux opérations) puissent être de la compétence du procès sommaire. Cette dernière recommandation n'a pas été retenue. Les infractions prévues aux articles 73 à 82 inclusivement sont de la compétence exclusive de la cour martiale.

d'une forme de détention correctionnelle visant principalement à favoriser la réforme du contrevenant plutôt que de pénaliser le membre<sup>108</sup>.

Le GTPS recommanda également que le procès sommaire conserve une compétence à l'égard d'une liste d'infractions criminelles incorporées au code de discipline militaire par le biais de l'article 130 LDN<sup>109</sup> : par exemple, les infractions criminelles relatives à la violence, à l'usage abusif de l'alcool, à l'usage prohibé des armes ainsi qu'à certaines infractions relatives à la paix publique qui seraient toutes reliées au maintien de la discipline au niveau de l'unité<sup>110</sup>.

---

108. Notons que le *Rapport Dickson* a rejeté cette recommandation du GTPS et a opté plutôt de conserver la peine de détention qui serait toujours, selon ce rapport, justifiée au sens de l'article premier de la Charte. Le *Rapport Dickson* recommandait cependant que la période de la peine maximale de détention soit réduite de 90 à 30 jours. La position du *Rapport Dickson* fut d'ailleurs retenue dans les modifications législatives de 1999.

109. Jusqu'alors, presque toutes les infractions criminelles étaient de la compétence du procès sommaire. Voir l'ancien article 108.31 des ORFC, *supra* note 71.

110. Les infractions prévues aux articles 82, 86 à 91, 104, 129, 253 et 254, 266 et 267, 270, 334 et 335, 420, 430, 437 du Code criminel et l'art. 3 de la *Loi sur les stupéfiants* et les art. 39(2) et 48(2) de la *Loi sur les aliments et drogues*. Toutefois, les réformes législatives de 1999 ont retenu seulement les infractions criminelles suivantes : 129, 266, 267, 270, 334 (vol lorsque la valeur ne dépasse pas \$5000), 335, 430, 437 du Code criminel et 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Voir le paragraphe 108.07(3) des ORFC, *supra* note 54.

**B. Une taxonomie des infractions fondée sur l'objectif ultime des forces armées**

**1. Un modèle de classification fondé sur les obligations inhérentes aux fonctions des Forces armées canadiennes**

Malgré les mises en garde du monde militaire quant au risque d'assimiler le système disciplinaire des institutions carcérales à celui du domaine militaire, il nous a toutefois semblé important et pertinent d'étudier ce qui se fait dans le monde des prisons afin d'identifier les critères qui pourraient nous assister dans notre effort d'établir une nouvelle classification des infractions militaires. Nous constatons que plusieurs des infractions disciplinaires utilisées dans les systèmes des prisons sont similaires à celles que nous retrouvons dans le code de discipline militaire<sup>111</sup>. L'étude des systèmes disciplinaires utilisés dans les prisons est particulièrement enrichissante afin de mettre en perspective la dynamique des systèmes disciplinaires en général. Nous comprenons la réticence de plusieurs à faire des comparaisons ou des parallèles entre les systèmes disciplinaires des prisons et celui du monde militaire. Il est difficile d'accepter que des citoyens qui se portent volontaires pour défendre leur pays puissent être soumis à un système disciplinaire comparable en plusieurs points à ceux utilisés dans les prisons. Bien entendu, les détenus, contrairement aux membres des forces armées, ne sont assujettis à l'accomplissement d'aucun devoir public; ils ne sont tenus qu'à l'obligation de purger leur terme de détention, à accomplir le travail qui leur est assigné et à l'obligation d'obéir aux ordres légitimes des autorités. De plus, dans le milieu des prisons, on ne retrouve pas la structure hiérarchique fondamentale aux forces armées<sup>112</sup> et aucune infraction de type opérationnel telle que celles que l'on retrouve dans le code de discipline militaire canadien n'existe dans les codes disciplinaires des prisons<sup>113</sup>.

---

111. Voir la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 40.

112. Il existe 17 grades dans les Forces armées canadiennes.

113. Voir les art. 73 à 78 de la LDN.

Le *Report of the Committee on the Prison Disciplinary System*<sup>114</sup> de 1985, sur la réforme du système disciplinaire des prisons au Royaume-Uni, présentait une réflexion approfondie sur les sujets qui intéressent les systèmes disciplinaires en général. C'est sur ce rapport principalement qu'a été fondée la réforme du système disciplinaire des milieux carcéraux anglais. C'est un des rares ouvrages qui discutent des distinctions entre les systèmes disciplinaires et ceux de droit pénal<sup>115</sup>.

Le Rapport Prior reconnaissait la difficulté de différencier entre certaines infractions d'ordres disciplinaire et pénal; toutes deux visant à réglementer la conduite des individus auxquels elles s'appliquent. Il n'est donc pas surprenant qu'il existe des chevauchements<sup>116</sup>. Le rapport n'est cependant pas en mesure d'identifier les critères qui pourraient nous aider à les distinguer<sup>117</sup>. Le rapport reconnaissait cependant que les deux systèmes ont des objectifs distincts<sup>118</sup>.

Les distinctions à établir entre ces deux systèmes nécessitent des décisions sur des questions de fond qui impliquent des considérations complexes. On s'interrogea sur la possibilité d'éliminer les tribunaux disciplinaires et de disposer de tous les dossiers devant des cours de juridiction criminelle. On remet en question la validité d'un système disciplinaire qui

---

114. Secretary of State for the Home Department, *Report of the Committee on the Prison Disciplinary System*, London, octobre 1985, vol. 1 et 2 (ci-après Le Rapport Prior).

115. M. Groves, «The purpose and scope of prison discipline» (2002) 26 Crim. L.J. 10. L'auteur mentionne : «This article commences with an analysis of the nature and purpose of disciplinary systems, which explains the common principles that govern disciplinary schemes irrespective of the particular group or activity to which they apply» et à la page 13 : «The distinction between prison disciplinary codes and the criminal law is rarely the subject of detailed discussion, but an examination of the relationship between the two systems can assist a proper understanding of the nature and purpose of prison disciplinary systems». Ces réformes auraient été influencées par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Engel* 1 EHRR à la p. 647, *Campbell and Fell* 7 EHRR à la p. 165 où on a discuté, tout comme dans l'affaire *Wigglesworth*, des affaires de nature disciplinaire ou criminelle. Voir à ce sujet le *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 2 à la p. 134. Le *Rapport Prior*, notamment, fait spécifiquement l'étude et l'analyse d'une infraction disciplinaire semblable à l'infraction militaire que l'on retrouve à l'article 129 de la LDN.

116. M. Grove, *supra* note 115 à la p. 14.

117. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 1 à la p. 18

118. *Ibid.*, vol. 2 à la p. 48.

permet qu'un contrevenant puisse être en danger de se voir imposer une peine sévère pour une accusation concernant une inconduite interne mineure. Le rapport argumenta qu'il est inapproprié qu'une infraction de nature disciplinaire puisse être introduite dans un système de nature judiciaire. Une telle façon de faire aurait le potentiel de compromettre l'application des critères qui doivent normalement régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités civiles responsables des poursuites criminelles. On pourrait alors mettre en doute l'indépendance des autorités de la poursuite.

Les critères applicables aux mesures disciplinaires sont différents de ceux qui s'appliquent aux poursuites criminelles. Le fait qu'une poursuite criminelle ne soit pas justifiée dans un cas donné ne signifie pas que des mesures disciplinaires soient inappropriées dans les circonstances<sup>119</sup>. En raison de ces considérations, le rapport ne recommanda pas l'abolition des tribunaux disciplinaires dans les prisons, pas plus d'ailleurs que la création d'un tribunal hybride de type «criminel et disciplinaire», mais recommanda cependant avec insistance qu'on interdise de poursuivre à nouveau un détenu déjà acquitté ou déclaré coupable devant un tribunal disciplinaire ou criminel<sup>120</sup>.

Le Rapport Prior discute de la nature et de la gravité de certaines infractions disciplinaires. Il recommanda que les infractions extrêmement graves, comme la mutinerie, l'incitation à la mutinerie ou la «gross personal violence to an officer» ne soient plus de la compétence du système disciplinaire interne. Il s'agirait d'infractions graves qui intéressent la paix publique et le bon ordre en général. Ces inconduites graves devraient faire l'objet d'infractions criminelles distinctes et devraient être de la compétence exclusive des tribunaux de compétence criminelle<sup>121</sup>.

---

119. *Ibid.*, vol. 2 aux pp. 145-146.

120. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 2 aux pp. 54-55 et 151.

121. *Ibid.*, vol. 1 aux pp. 32-33. Selon le rapport, la mutinerie dans le milieu carcéral serait clairement une infraction qui devrait être soustraite de la compétence du système disciplinaire. La formation d'une coalition dans le but de renverser les autorités carcérales légitimes constituerait une des menaces les plus significatives à l'ordre public. Toujours selon le rapport, les voies de fait sur les officiers de prison devraient être soustraites de la compétence du système disciplinaire. Cette infraction constitue un exemple clair où il y va de l'intérêt public que le dossier soit disposé devant un tribunal civil de juridiction criminelle et cela malgré le fait que la sentence qui pourrait être infligée dans l'éventualité

Le Rapport Prior proposa donc deux catégories d'infractions disciplinaires en fonction de leur nature, soit :

- a) Les infractions qui existent également dans la société et qui sont indispensables à son bon fonctionnement. Ces infractions disciplinaires sont dans bien des cas des répliques d'infractions criminelles (vol, voies de fait, etc.)
- b) Les infractions qui sont spécifiquement reliées à la dynamique du milieu carcéral, c'est-à-dire reliées à l'incarcération, à l'hébergement dans des endroits restreints, au fait que le détenu ne puisse quitter le lieu d'incarcération, aux comportements anti-sociaux, etc. Ces infractions font référence à des conduites qui ne constituent pas une infraction en vertu du droit criminel. Elles représentent la majorité des dossiers disciplinaires et sont nécessaires à la gestion efficace d'une institution pénitentiaire<sup>122</sup>.

Malgré les problèmes reliés aux chevauchements des affaires disciplinaires et criminelles, le Rapport Prior préconisa une approche pragmatique, c'est-à-dire qu'afin de contenir le système disciplinaire à l'intérieur de limites appropriées, on se devait de restreindre ses pouvoirs punitifs<sup>123</sup>. Pour ce qui est des affaires qui impliquent des conduites qui constituent à la fois des infractions disciplinaires et criminelles, il appartiendrait alors aux autorités carcérales et civiles de décider du forum devant lequel le prisonnier devrait être poursuivi<sup>124</sup>. Finalement, le Rapport Prior précisa que ses

---

d'une condamnation ne soit pas plus importante que celle que le contrevenant pourrait recevoir si le dossier était adressé dans le cadre du système disciplinaire des prisons. Le public devrait être informé et conscient des dangers que courent ses officiers de prison dans l'accomplissement de leur devoir journalier. Leurs tâches consistent à interagir avec des criminels qui sont parfois dangereux. Les officiers de prison ne peuvent tout simplement pas fermer les yeux sur les événements qui mettent les autorités ou la sécurité de la prison en danger. Le Parlement devrait donc faire état de son support en incorporant cette infraction au code criminel. L'intérêt public transcenderait alors les besoins disciplinaires des milieux carcéraux.

122. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 2 aux pp. 48-49.

123. *Ibid.*, vol. 1 à la p. 48.

124. *Ibid.*, vol. 1 à la p. 20.

recommandations font partie d'une révision globale du système disciplinaire des prisons et qu'elles doivent être ainsi considérées<sup>125</sup>.

Le Rapport d'enquête sur la Somalie, le Rapport Dickson et le Rapport du GTPS insistaient tous sur l'importance de la discipline pour les forces armées et chacun nota certains critères propres à leur conception de la discipline. Le Rapport d'enquête sur la Somalie suggéra que la discipline aurait deux composantes essentielles, soit l'imposition de lois, de normes et de mœurs à des fins correctives ou comme moyen de contrôle et l'application de moyens de contrôle visant à canaliser l'énergie de tous dans la poursuite d'un objectif commun; le Rapport Dickson insista sur le fait que le maintien de la discipline ne doit pas déroger au principe de la primauté du droit et qu'il sert d'outil de leadership. Enfin, selon le Rapport du GTPS, le concept de discipline militaire est unique et particulier et cherche à former «l'habitude d'obéissance», c'est-à-dire inculquer à ses membres l'obéissance instinctive aux ordres légitimes et ainsi renforcer les pouvoirs des autorités militaires chargées de les faire respecter<sup>126</sup>.

Nous remarquons que la façon de considérer la discipline a influencé les classifications des infractions que les études ont suggérées. Bien qu'il y ait certaines différences, toutes trois favorisent une approche procédurale qui est fonction de la compétence respective du procès sommaire et de la cour martiale. C'est-à-dire que la gravité d'une infraction militaire serait de façon générale dépendante du tribunal qui a compétence de la juger; elle serait considérée mineure si entendue au procès sommaire et grave si à la cour martiale<sup>127</sup>. Notons toutefois que le concept de discipline n'est défini à nulle part dans la législation.

La Charte canadienne des droits et libertés n'est pas venue modifier ni abolir la réalité militaire. Les Forces armées canadiennes existent pour assurer la défense du Canada. Pour y parvenir, les Forces armées canadiennes sont structurées selon une hiérarchie autoritaire fondée sur la notion d'obéissance, c'est-à-dire que chacun est tenu d'obéir aux ordres de ses supérieurs et de leur

---

125. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 1 à la p. V.

126. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, *supra* note 27, vol. 1 à la p. 26; *Rapport Dickson*, *supra* note 13 à la p. 9 et *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 84.

127. Voir l'art. 108.02 des ORFC, *supra* 7.

rendre compte<sup>128</sup>. Le respect envers les autorités est donc un élément essentiel du fonctionnement efficace de l'armée<sup>129</sup>. Lorsqu'il accepte de devenir membre des Forces armées, le citoyen canadien accepte de se soumettre à un code de discipline qu'il doit respecter afin d'être en mesure d'accomplir ce à quoi il s'est engagé, c'est-à-dire la défense du Canada<sup>130</sup>. Ainsi, les militaires sont soumis à des obligations auxquelles les autres citoyens canadiens ne sont pas assujettis<sup>131</sup>.

L'objectif premier du système de justice militaire n'est pas, comme c'est le cas pour le système de droit pénal, de préserver l'autorité des lois et d'en promouvoir le respect par l'imposition de sanctions mais de promouvoir l'efficacité, le bon ordre et la discipline afin d'assurer l'objectif ultime de la mission : la défense du pays. Le code de discipline militaire ne vise donc pas à remplacer le droit criminel mais plutôt à élaborer des obligations supplémentaires aux personnes auxquelles il s'applique<sup>132</sup>. Ce n'est qu'accessoirement, par le biais du chevauchement inévitable entre les infractions disciplinaires et criminelles que le système de justice militaire joue

---

128. Voir par exemple les articles 83 (désobéissance à un ordre légitime) et 124 (négligence dans l'exécution des tâches) de la LDN et les art. 19.01 et 19.015 des ORFC.

129. De façon générale, ces obligations sont : le devoir de servir en tout temps ou un engagement illimité, le militaire ne peut pas abandonner; (art. 33 LDN) l'obéissance due à l'autorité, l'obligation d'obéir aux ordres légitimes, même ceux qui représentent un risque de mort ou de blessures sérieuses; le refus d'obéir peut entraîner des sanctions disciplinaires; (art. 83 LDN et 19.01 et 19.015 des ORFC), la subordination à ceux qui commandent; le respect et l'imposition de la discipline et le bien-être des subordonnés.

130. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 259, voir les propos du juge Lamer au nom de la majorité à la p. 283.

131. *Mackay c. R.*, *supra* note 17 à la p. 370. Voir page 402. Voir également l'arrêt *The Queen and Archer c. White*, [1956] R.C.S. 154. Voir l'opinion du juge Rand à la page 158.

132. *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 1, art. 70. Voir également l'art. 273 LDN. L'art. 130 de la LDN qui incorpore les infractions du Code criminel ou de toute autre loi fédérale prévoit à son paragraphe 2 b) i) et ii) que la peine qui peut être imposée par le tribunal militaire est soit : i) la peine prévue par le Code criminel ou toute autre loi pertinente ou : ii) la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté ou une punition moindre. Il serait donc possible pour le tribunal militaire, après avoir trouvé un membre coupable d'une infraction au Code criminel par exemple, d'infliger une peine plus importante que celle prévue au Code criminel.



le rôle du droit criminel<sup>133</sup>. C'est pourquoi les infractions criminelles sont généralement considérées plus graves en tant qu'infractions militaires<sup>134</sup>.

Voici la classification des infractions que nous suggérons :

- 1) *Les infractions de nature militaire.*
  - a) Les infractions reliées à l'obligation d'obéissance aux autorités militaires et civiles. L'obligation d'obéissance est essentielle à l'accomplissement ordonné des tâches<sup>135</sup>;
  - b) Les infractions reliées à l'obligation d'exécuter les tâches et les missions avec soin et de façon consciencieuse. L'efficacité des forces dépend de l'exécution minutieuse des tâches dans l'accomplissement de la mission<sup>136</sup>;

---

133. *R. c. Reddick*, *supra* note 18 aux pp. 501 et 505.

134. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 283. Le juge Lamer écrit : «Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères.»

135. Les infractions reliées à l'obligation d'obéissance sont les infractions prévues aux articles 73a) (le commandant, après avoir reçu ordre, ne fait pas tout en son pouvoir pour engager le combat), 74a) (retarde action contre ennemi), 74c) (ayant reçu ordre d'effectuer une opération de guerre, ne met pas ordre à exécution), 75i) (ne respecte pas l'interdiction de passage d'une sentinelle), 76a) (est fait prisonnier suite à désobéissance), 77d) (sans ordre détruit un bien), 83 (désobéissance à un ordre légitime), 87a)(i) (refus d'obéir à l'ordre), 106 (désobéissance aux ordres du commandant du navire), 110 (désobéissance aux ordres du commandant-aéronef), 112c) (usage de véhicule contrairement aux règlements), 126 (refus d'immunisation), 127 (violation des ordres dans la manutention de matières dangereuses) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

136. Les infractions reliées à l'obligation d'exécuter avec soin ou de façon consciencieuse les tâches ou missions militaires sont les infractions prévues aux articles 73a) (manquement au devoir face à l'ennemi-commandants), 73b) (commandant-ne pas encourager subalternes à se battre courageusement), 73c) (commandant-étant en mesure d'opposer une défense livre matériel militaire à l'ennemi), 73e) (commandant-ne poursuit pas l'ennemi ou ne consolide pas une position), 74g) (provoque la capture de personnes ou de matériel par actions infondées), 74i) (fait preuve de lâcheté face à ennemi), 74j) (acte ou omission qui compromet le succès de l'opération), 76a) (est fait prisonnier faute de précautions suffisantes), 104 (perte, échouement ou mise en danger de navires par négligence), 107 (actes dommageables relatifs aux aéronefs), 111(1)a) (conduite répréhensible de véhicules), 116a) (dommage au bien par négligence), 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

- c) Les infractions reliées à l'obligation d'assurer la sécurité et l'intégrité des membres et du matériel<sup>137</sup>;
- d) Les infractions reliées à l'obligation du service obligatoire. Les forces armées doivent pouvoir compter en tout temps sur des ressources en personnel. Il va de soi qu'il ne pourrait pas être permis au membre de quitter le service de son propre chef<sup>138</sup>;
- e) Les infractions reliées à l'obligation de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles. La complexité de l'organisation des Forces armées canadiennes

---

137. Les infractions reliées à l'obligation d'assurer la sécurité et l'intégrité physique des membres et du matériel de la force sont les infractions prévues aux articles 73c) (commandant-étant en mesure d'opposer une défense livrer matériel militaire à l'ennemi), 74d) (sans raison valable abandonne un bien public), 74e) (fournit du matériel à l'ennemi), 74f) (jette au abandonne matériel en présence de l'ennemi), 74g) (provoque capture ou destruction de matériel), 75 a) à j) (communiqués des renseignements à l'ennemi, quitter son poste de guetteur, nuit à la sécurité de la force) 77 a) à c) (fait preuve de violence envers une personne apportant du matériel, retient irrégulièrement du matériel, détourne irrégulièrement du matériel), 78 (espions au service de l'ennemi), 84 (violence envers supérieur), 86 (querelles et désordres), 87 (désordres), 95 (mauvais traitements à subalternes), 96 (fausses accusations), 97 (ivresse), 98 (simulation ou mutilation), 104 (perte, échouement ou mise en danger de navires), 107 (actes dommageables aux aéronefs), 108 (signature d'un certificat inexact concernant un aéronef), 109 (vol à trop basse altitude), 111 (conduite répréhensible de véhicules), 112 (usage non autorisé de véhicules), 113 (incendie), 114 (vol), 115 (recel), 116 (dommage, perte ou aliénation irrégulière), 117 (infractions frauduleuses), 120 (mauvaise conduite dans les cantonnements), 121 (enrôlement frauduleux), 122 (fausses réponses à l'enrôlement), 123 (aide à enrôlement frauduleux), 125 (infractions relatives à des documents), 126 (refus d'immunisation), 127 (négligence dans la manutention de matières dangereuses) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

138. Les infractions reliées à l'obligation de service obligatoire sont les infractions prévues aux articles 73d) (commandant-étant au combat s'en retire sans raison valable), 73g) (commandant-étant au combat abandonne sans raison valable son poste), 74b) (passe à l'ennemi), 74h) (à proximité de l'ennemi quitte son poste, dort ou est ivre), 75h) (agissant comme sentinelle quitte son poste, dort ou est ivre), 76b) (ne réintègre pas son poste après avoir été fait prisonnier de guerre), 76c) (ayant été fait prisonnier de guerre se met au service de l'ennemi), 88 (désertion), 89 (connivence dans le cas de désertion), 90 (absence sans permission), 91 (fausse déclaration concernant un congé), 97 (ivresse), 98 (simulation ou mutilation), 126 (refus d'immunisation) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

- nécessite des mécanismes de contrôle afin d'assurer l'ordre et la cohésion<sup>139</sup>;
- f) Les infractions reliées à la subordination des opérations militaires au respect de la primauté du droit. Les activités militaires sont assujetties au respect des principes du droit national et international ainsi qu'aux décisions des tribunaux civils et militaires<sup>140</sup>.
- 2) *Les infractions de nature civile incorporées au code de discipline militaire.*

Les infractions qui s'appliquent à la société en général et qui sont indispensables à son fonctionnement. Ce sont les infractions prévues au code criminel et aux autres lois fédérales.<sup>141</sup> Le succès de la mission

---

139. Les infractions reliées à l'obligation de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles sont les infractions aux articles 79 (mutinerie), 80 (prend part à mutinerie), 81 (infractions connexes à la mutinerie), 82 (infractions séditieuses), 83 (désobéissance à un ordre légitime), 84 (violence envers un supérieur), 85 (acte d'insubordination), 92 (conduite scandaleuse de la part d'officiers), 93 (cruauté ou conduite déshonorante), 94 (propos traîtres ou déloyaux), 106 (désobéissance aux ordres du commandant du navire), 110 (désobéissance aux ordres du commandant-aéronef) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

140. Les infractions reliées à la subordination des opérations militaires au respect de la règle de droit en général sont les infractions aux articles 77d) (sans ordre de supérieur détruit un bien), 77e) (pénètre par infraction dans un lieu à la recherche de butin), 77f) (attenter aux biens ou à la personne d'un habitant d'un pays où il est en service), 77g) (durant combat vole ou tente de voler un mort), 77h) (vol de bien après combat), 77i) (prend des biens abandonnés par l'ennemi à d'autre fin que le service public), 87 (désordres), 99 (détention inutile, sans jugement ou non signalée), 100 (libération non autorisée ou aide à évasion), 101 (évasion), 101.1 (défaut de respecter une condition), 102 (résistance à la police militaire), 103 (refus de livraison ou d'assistance au pouvoir civil), 118 (outrage au tribunal), 118.1 (défaut de comparaître), 119 (faux témoignage) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

141. Les infractions de meurtre, d'homicide involontaire coupable et les infractions visées aux articles 280 à 283 inclusivement du Code criminel devraient demeurer soustraites à la compétence des tribunaux militaires lorsqu'elles sont commises au Canada. L'intérêt public transcenderait alors l'intérêt des Forces canadiennes pour ce qui est du maintien de la discipline. Voir *R. c. Reddick*, *supra* note 18 à la p. 502. La cour mentionne : «First there is the important limitation in section 70 which provides that a service tribunal shall not try any person for any of the serious offences listed in that section, if those offences are committed in Canada. [...]. Parliament has thus struck a balance as to when civilians or civilian offences ought to be tried in courts martial.» Voir l'art. 70 LDN, *supra* note 132.

dépend du degré de cohésion des membres d'une armée; cette cohésion est dépendante du respect par ses membres des règles et des lois de la société<sup>142</sup>.

## **2. Des peines qui reflètent la gravité des infractions : une notion de gravité qui varie suivant l'impact de l'inconduite sur l'objectif militaire**

Tel que le notait le Rapport d'enquête sur la Somalie, «toutes les infractions d'ordre militaire, aussi mineures soient-elles, sont passibles d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement si l'affaire passe devant la cour martiale»<sup>143</sup>. Ce manque de précision dans le rapport entre les infractions et les peines est la cause principale des difficultés de classification et de catégorisation des infractions selon leur gravité respective : les infractions mineures et les infractions graves.

C'est le règlement et non la loi qui énumère les infractions que le commandant a compétence de juger sommairement<sup>144</sup>. Avant les modifications réglementaires de 1997, le procès sommaire avait compétence pour juger presque toutes les infractions militaires<sup>145</sup>. Cette compétence fut limitée suite aux modifications à une liste d'infractions plus restreinte afin de respecter les objectifs et les buts de la procédure sommaire<sup>146</sup>. Les paragraphes 108.07(2) et (3) des ORFC visent à limiter la juridiction du procès sommaire à l'égard de certaines infractions militaires mineures liées à la discipline de l'unité. Cette liste d'infractions demeure toujours très appréciable; elle inclut des infractions

---

142. Nous n'avons pas tenu compte dans notre classification des infractions en vertu d'une loi du pays où le militaire est en poste qui sont prévues à l'article 132 de la LDN et cela intentionnellement, étant donné la nature particulière et l'utilisation limitée de cette infraction. Mentionnons seulement que l'infraction prévue à l'article 132 n'existe pas en droit militaire américain et britannique. Si aucune loi particulière n'a été violée, les autorités militaires américaines et britanniques utilisent plutôt l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

143. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, *supra* note 27, vol 5 à la p. 1448.

144. Art. 162.1 de la LDN. Voir l'article 108.07 des ORFC, *supra* note 54.

145. Voir l'ancien art. 108.31 des ORFC, *supra* note 71.

146. ORFC, art. 108.02, *supra* note 127.

objectivement graves ainsi que des infractions au Code criminel et à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*<sup>147</sup>.

La possibilité pour le procès sommaire de pouvoir juger certains types d'infractions objectivement graves et l'absence de compétence à l'égard d'infractions moins graves illustrent la difficulté et même parfois l'incohérence de la catégorisation prévue à l'article 108.07 des ORFC.<sup>148</sup> Certaines infractions, bien que directement liées à la discipline de l'unité et de gravité comparable à d'autres infractions de la compétence du procès sommaire, en sont néanmoins soustraites<sup>149</sup>.

Nous suggérons qu'il est possible d'établir une distinction plus nette entre les infractions mineures et les infractions graves. D'ailleurs, comme le soulignait le Rapport de la commission canadienne sur la détermination de la peine<sup>150</sup>, la gravité de l'infraction en cause devrait toujours être évaluée en fonction des autres infractions de la loi; ainsi, la sévérité de la peine reflétera la gravité de l'infraction. Deux infractions de gravité comparable ne doivent pas être passibles de peines maximales dont la sévérité est nettement différente, et réciproquement deux infractions dont la gravité n'est manifestement pas la même ne devraient pas donner lieu à la même peine maximale<sup>151</sup>.

---

147. *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, *supra* note 53 et l'art. 108.07 des ORFC, *supra* note 54.

148. Par exemples : désobéissance à un ordre légitime (art. 83 LDN), désobéissance aux ordres du commandant de bateau ou d'aéronef (art. 106 et 110 LDN) et violence envers un supérieur (art. 84 LDN) prévoient des peines maximales d'emprisonnement à perpétuité. L'infraction d'agression armée ou infliction de lésions corporelles prévoit quant à elle une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement. (art. 267 du Code criminel).

149. On peut penser notamment aux infractions prévues aux articles 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 125 (infractions relatives à des documents) de la LDN.

150. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987 (ci-après : Rapport sur la détermination de la peine). À la page 132, le rapport stipule : «C'est seulement dans le cadre d'un ensemble d'infractions ordonnées selon leur gravité respective que l'on peut appliquer le principe de la proportionnalité et fixer le quantum des sanctions, en comparant la gravité des infractions».

151. *Ibid.* à la p. 218.

Voici les peines maximales prévues à la Loi sur la défense nationale pour les infractions d'ordre militaire. Ces peines sont énumérées dans un ordre décroissant de gravité :

- a) emprisonnement à perpétuité comme peine minimale;
- b) emprisonnement à perpétuité comme peine maximale;
- c) emprisonnement de quatorze ans;
- d) emprisonnement maximal de sept ans;
- e) emprisonnement de cinq ans;
- f) emprisonnement de trois ans;
- g) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;
- h) emprisonnement de moins de deux ans<sup>152</sup>.

Pour les infractions de nature civile incorporées au code de discipline militaire, la *Loi sur la défense nationale* affirme le principe de la parité entre la peine qui peut être infligée par le tribunal militaire et la peine prescrite par la disposition législative correspondante dans le cas d'une infraction commise en violation de la partie VII de la LDN, du code criminel ou de toute autre loi fédérale. Si la peine prescrite par la disposition législative est moindre que la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, alors le tribunal militaire pourra infliger cette peine ou encore une moindre peine<sup>153</sup>.

On constate pourtant que des infractions qui ne sont pas de même gravité sont néanmoins passibles de la même peine maximale; ainsi, l'acte d'insubordination prévu à l'article 85 de la LDN<sup>154</sup> est passible de la même peine maximale que l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la

---

152. Voir les articles 73 à 147 de la LDN.

153. Voir le paragraphe 130(2) de la LDN. Ce pouvoir de punition est limité également à la peine maximale que le tribunal militaire a compétence d'infliger. (Procès sommaire, le para 163(3) LDN; 30 jours de détention. Cour martiale disciplinaire, art. 172 LDN; destitution ignominieuse du service Sa Majesté. Cour martiale permanente, art. 175 LDN; destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Cour martiale générale spéciale, art. 178 LDN; emprisonnement ou amende, etc.).

154. Voir l'article 85 de la LDN.

discipline prévue à l'article 129, malgré ce qui est stipulé aux notes E, F, G et H de l'article 103.18 des ORFC<sup>155</sup> :

(E) Il faut que les paroles menaçantes ou insultantes aient été adressées à un supérieur et renferment une intention d'insubordination, c'est-à-dire qu'elles doivent être insultantes ou irrespectueuses en soi ou encore dans la manière ou dans les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées.

(F) Dans le cas d'une conduite méprisante, l'acte ou l'omission reprochés doit avoir eu lieu à la vue ou à portée de voix du supérieur en cause.

(G) Les paroles ou les actes d'insubordination qui ne tombent pas sous les notes (E) ou (F) ne relèvent que de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale. (voir l'article 103.60-Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline).

(H) De simples paroles injurieuses ou violentes ou des actes méprisants de la part d'une personne ivre ne devraient pas faire l'objet d'accusation en vertu de l'article 85 de la Loi sur la défense nationale. En générale, une accusation portée en vertu de l'article 97 de la Loi sur la défense nationale (voir l'article 103.30-Ivresse) ou de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale (voir l'article 103.60-Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline) servira les fins de la discipline<sup>156</sup>.

Par ailleurs, l'infraction de mauvais traitements infligés aux subalternes prévue à l'article 95 de la LDN<sup>157</sup> est passible d'un emprisonnement de moins de deux ans alors que l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et la discipline prévue à l'article 129 prévoit la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, une peine pourtant plus grave dans l'échelle des punitions militaires<sup>158</sup>. L'infraction relative à la perte, l'échouement ou la mise en danger de navires prévue à l'article 104 de la LDN est passible de la destitution

---

155. Voir l'art. 1.095 des ORFC. On y mentionne également que ces notes se fondent sur des jugements des tribunaux, des principes exposés dans des manuels juridiques et des avis d'autorités juridiques militaires.

156. Voir également la note D de 103.60 des ORFC *supra* note 8 et la note C de 107.05 des ORFC.

157. Voir l'article 95 de la LDN.

158. Voir l'art. 139 de la LDN, *supra* note 4.

ignominieuse du service de Sa Majesté, tout comme l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Il nous apparaît donc qu'il existe une certaine incohérence entre la gravité des infractions militaires et leur peine respective. Voici ce que le Rapport sur la détermination de la peine<sup>159</sup> notait au sujet des peines prévues au code criminel et qui nous semble très bien s'appliquer au contexte militaire :

En conclusion, donc, les peines maximales actuelles posent deux problèmes bien distincts : elles sont irréalistes et, dans la plupart des cas, trop élevées. Premièrement, leur valeur, lorsqu'il s'agit de guider la décision du juge ou d'instruire l'opinion publique, est nulle. Deuxièmement, elles ne forment pas d'ensemble ordonné : la relation entre la gravité des infractions et la peine maximale qui leur est assignée manque de logique. Pour quiconque veut s'y référer, les peines maximales sont un guide précaire<sup>160</sup>.

La gravité des infractions devrait être reliée aux obligations légales particulières au monde militaire que nous décrivions dans notre classification des infractions<sup>161</sup>. Ainsi, les infractions les plus graves seront celles qui contreviennent de façon significative à l'obligation visée par la catégorie; la désertion est donc considérée plus grave que l'absence sans permission.

Voici l'échelle de gravité que nous proposons :

- a) Les inconduites qui contreviennent de façon significative à l'obligation de la catégorie. Ces infractions ont un impact direct sur le succès de la mission<sup>162</sup>;
- b) Les inconduites qui contreviennent de façon moins significative à l'obligation de la catégorie. Ces infractions ont un impact indirect sur le succès de la mission;

---

159. *Rapport sur la détermination de la peine, supra* note 150.

160. *Ibid.* à la p. 70.

161. Obligation d'obéissance, obligation de service obligatoire, obligation de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles, etc. *Supra* notes 135 à 142.

162. Voir par exemple les articles 73 (manquement au devoir face à l'ennemi, commandant), 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 (sécurité), 76 (prisonniers de guerre), 77 (diverses infractions relatives aux opérations, si en service actif) et 78 (espions au service de l'ennemi) de la LDN.



- c) Les inconduites qui contreviennent de façon insignifiante à l'obligation de la catégorie. Ces infractions ont un impact négligeable sur le succès de la mission<sup>163</sup>.

Le cadre législatif actuel fait déjà une distinction entre une inconduite commise lors de conflit armé et la même inconduite en situation de paix<sup>164</sup>. Ainsi, le fait de quitter son poste au combat est passible de la peine d'emprisonnement à perpétuité, alors qu'en situation de paix c'est une absence sans permission passible au maximum d'un emprisonnement de moins de 2 ans. Il existe donc une échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires.

Comme nous venons de le suggérer dans notre classification, l'article 129 est une infraction de nature militaire. Contrairement aux autres infractions de cette nature qui sont spécifiques en ce sens qu'elles sont reliées uniquement à l'une des obligations visées par les six «sous-catégories» établies par notre taxonomie des infractions (obligation d'obéissance, d'exécuter les missions et les tâches avec soins, etc.), l'article 129 est une infraction générique pouvant être reliée à n'importe laquelle de ces obligations. Ainsi, une contravention à l'obligation d'obéissance ou de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles peut être poursuivie en vertu de l'article 129. Comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, il existe une différence notable entre les infractions prévues respectivement aux paragraphes 129(1) et 129(2). Le paragraphe 129(1) crée une infraction à contenu indéterminé qui vise à régir les inconduites allant à l'encontre d'un standard alors que le paragraphe 129(2) crée une infraction à contenu déterminé qui vise à régir les inconduites contrevenant à des normes précises; ces normes figurent dans les règlements, ordres ou directives des Forces armées canadiennes.

---

163. Nous croyons qu'il serait important de mettre à jour les infractions militaires de nature opérationnelle (art. 73 à 78 de la LDN) afin de refléter les nouvelles réalités dans lesquelles évoluent les Forces armées canadiennes. La mise à jour des infractions devrait tenir compte du spectre complet du genre d'opérations (opérations domestiques et internationales, opérations humanitaires, opérations suivant les chapitres 6 & 7 de la Charte des Nations-unies, conflit armé, etc.) dans lesquelles sont appelées à opérer les Forces canadiennes.

164. Les inconduites qui contreviennent aux obligations militaires dans les situations de conflits armés compromettent de façon importante la défense du Canada. Ces infractions prévoient d'ailleurs des peines très sérieuses allant de la peine minimale d'emprisonnement à perpétuité si le membre s'est conduit en traître à la peine d'emprisonnement à perpétuité comme peine maximale dans tout autre cas. Voir les art. 73 à 78 de la LDN.

Bien que la législation actuelle ne prévoit qu'une seule et même peine pour la contravention au paragraphe (1) ou (2), nous estimons que la nature particulière de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) fait en sorte que cette infraction devrait se retrouver à la limite inférieure de l'échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires. Ainsi, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) viserait à régir les inconduites dans la gamme des infractions qui auraient l'impact le moins significatif sur le succès de la mission.

**Partie II - L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* : une infraction générique qui circonscrit insuffisamment le champ d'application des inconduites établies au code de discipline militaire**

**A. L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* : des infractions sans cadres modérateurs efficaces**

**1. La nature des infractions contenues à l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale***

Avant de discuter de la nature distincte des infractions prévues aux paragraphes (1) et (2) de l'article 129, faisons d'abord un survol historique de cette disposition législative. Tout comme pour les autres infractions prévues au code de discipline militaire canadien, la rédaction de l'article 129 fut inspirée par le droit anglais. Voici la forme que cette infraction prenait dans les Articles de guerre britanniques de 1639 :

In whatever cases or accidents that may occurre, for which there is no special order set downe in the lawes here published, there the ancient course of marshall discipline shall be observed untill such time as his Excellence the Lord General shall cause some further orders to be made and published in the Armie, which shall thenceforward stand in force upon the paines therein expressed<sup>165</sup>.

---

165. Voir C.M. Clode, *The Military Forces of the Crown; Their Administration and Government*, vol. 1, Londres, John Murray, 1868 aux pp. 429-440.

L'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» prévue à l'article 129 serait de provenance continentale<sup>166</sup>. Elle remonterait même, selon certains, à l'époque romaine puisque le Digeste la mentionnait<sup>167</sup>.

Pour ce qui est du droit anglais, l'infraction serait apparue pour une première fois dans les Articles de guerre de 1625 et aurait subi plusieurs modifications jusqu'au début du dix-huitième siècle alors qu'est introduit le concept de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» entre les années 1700 et 1765 :

All Crimes not capital, and all disorders or neglects, which officers and soldiers may be guilty of, to the prejudice of good order and military discipline, though not mentioned in the above articles of war, are to be taken cognizance of by a court-martial and be punished at their discretion<sup>168</sup>.

-1765

À l'époque, les infractions spécifiées dans les Articles de guerre britanniques étaient exclusivement de nature militaire; les infractions de nature pénale civile étaient de la compétence exclusive des tribunaux civils de juridiction criminelle. L'utilisation de l'ancêtre de l'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» permit alors aux autorités militaires anglaises de poursuivre devant les tribunaux militaires les infractions de nature pénale<sup>169</sup>. On incorpora par la suite ces infractions de nature criminelle aux Articles de guerre : l'ancêtre de l'article 130 de la LDN<sup>170</sup>. Aujourd'hui encore, rien dans la loi canadienne n'empêche d'invoquer l'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» pour justifier une accusation

---

166. Les Articles de Guerre de Gustave Adolphe de 1621 seraient à l'origine de cette infraction en droit militaire anglais. Voir D.B. Nichols, *supra* note 6 à la p. 114.

167. J.K. Gaynor, *supra* note 6 à la p. 260.

168. W. Winthrop, *Military Law and Precedents*, 2<sup>e</sup> éd, Washington, Government Printing Office, 1920 à la p. 946.

169. E.F. Sherman, *supra* note 6. Voir à la page 34 ce que l'auteur y stipule.

170. R.A. McDonald, «Le sentier de la discipline; les racines historiques du code de justice militaire canadien» (1985) 1 J.JAG.F.C. 1. Voir les propos de l'auteur à la p. 9. Voir M. Léveillé, *L'évolution de la justice militaire et de l'office du Juge-avocat général*, thèse de maîtrise en droit, 1997 (non-publiée) aux pp. 30-31. Voir E.F. Sherman, *supra* note 6. Voir art. 130 LDN.

relative au Code criminel ou à toute autre loi fédérale ou encore à tout acte ou omission sensiblement comparable en substance<sup>171</sup>. Les infractions de nature civile incorporées au code de discipline militaire peuvent donc être poursuivies devant les tribunaux militaires canadiens à titre de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» ou à titre d'infractions criminelles<sup>172</sup>.

Le libellé de l'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline», adopté comme l'article 118 de la Loi sur la défense nationale en 1950<sup>173</sup>, s'inspire de l'article 87 de la *Loi du Service Naval* et 40 du *Army Act* britannique<sup>174</sup> pour les paragraphes (1) (5) et (6) (de l'article 129 actuel)<sup>175</sup> et de

- 
171. On pourrait invoquer l'article 129 également pour les infractions visées par l'article 132 de la LDN. Il s'agit des infractions en vertu d'une loi du pays où le militaire est en poste.
172. Voir le para 130(4) de la LDN. Cette disposition vise à empêcher que l'accusé puisse exiger d'être poursuivi sous une infraction spécifiée au code criminel quand les autorités militaires ont décidé de porter une infraction prévue aux articles 73 à 129 qui serait sensiblement comparable en substance à une accusation en vertu d'une infraction prévue au code criminel ou à une autre loi fédérale. Cet article n'a subi aucun changement depuis les modifications législatives de 1985. Rappelons que depuis 1985, l'article 66 de la Loi sur la défense nationale empêche toutes poursuites subséquentes devant un tribunal civil pour une infraction comparable qui découle des mêmes faits et pour laquelle un accusé aurait été acquitté ou déclaré coupable par un tribunal militaire. Voir la *Loi de modification législative (Charte canadienne des droits et libertés)*, L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> supp.), c. 31; et les art. 66 et 71 de la LDN.
173. *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1950, c. 43, art. 118; S.R.C. 1952, c. 184 et modification, art. 118; S.R.C. 1970, c. N-4 et modification, art. 119; et L.R.C. 1985, c. N-5 et modification, art. 129.
174. À cet effet voir NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS, *The National Defence Act : Explanatory material*, Ottawa, 1<sup>er</sup> novembre 1950. Voir W.J. Lawson, «Canadian Military Law» (1951) 29 Can.Bar.Rev. 241. Voir les propos de l'auteur à la p. 247. La *Loi du Service Naval*, S.C. 1944-1945, c.23. art. 87. Le *Army Act*, 44 & 45 Vict. (R.-U.), 1881, c. 58, art. 40.
175. Une modification législative en 1985 est venue changer l'ordre dans lequel les cinq paragraphes initiaux, maintenant six paragraphes, de l'article 129, autrefois 119 et initialement 118 de la LDN, étaient disposés à l'époque de son adoption. Le paragraphe (1) continue toujours de former le paragraphe (1) actuel. Le paragraphe (1) n'est plus cependant immédiatement suivi par ce qui est dorénavant les paragraphes 129(5) et (6). Le paragraphe (1) est maintenant suivi par l'ancien paragraphe (3) qui est devenu le paragraphe (2) du présent article. L'ancien paragraphe (2) a été subdivisé en deux paragraphes distincts formant aujourd'hui les paragraphes (5) et (6) de l'article 129. L'ancien paragraphe (5) est maintenant devenu le paragraphe (4). Finalement l'ancien paragraphe (4) est maintenant devenu le paragraphe (3). Voir *supra* notes 1 à 4.

l'article 11 du *Army Act* britannique<sup>176</sup> pour le paragraphe (2) (de l'article 129 actuel). L'article 129 est donc le fruit de l'amalgame de deux infractions distinctes dans un seul et même article.

Les interrogations soulevées à l'égard de la complexité de cette infraction et de la sévérité de la peine prescrite, lors des travaux parlementaires qui ont précédé son adoption, sont d'ailleurs révélatrices :

-Mr. Blackmore : I wonder if we could have some comment on the complexities of that clause.

-The chairman : Will one of the department officials please explain it?

-The witness : The purpose of this clause, which is an historic one in army, navy and air force legislation, both in Canada and the United Kingdom, is to take care of cases where good order and discipline are prejudiced.

-Mr. Blackmore : I wonder if we could have two or three examples of such cases. I do not know anything about what we are letting the lads in for from reading this.

-A.: Examples would be borrowing money from a subordinate; producing a medical certificate knowing it not to be genuine; improperly wearing a uniform, rank, badge or medal to which the person is not entitled; being unfit for duty due to previous indulgence; giving a false name to service police.

-By Mr George : Actually they are minor offences? – A. :yes.

-By Mr Blackmore : This is a very severe punishment which is prescribed.

-A. : It is the same punishment as in the Army and Air Force Acts with respect to officers.

-Q. : It may be punished by dismissal with disgrace.

-Mr. Stick : They do not have to do that. They are making provision for extreme cases, but the punishment will fit the offence in the opinion of the court.

-Carried<sup>177</sup>.

---

176. Le *Army Act*, *supra* note 174, art. 11.

177. SPECIAL COMMITTEE ON BILL 133, *An act respecting National Defence : Minutes of Proceedings and Evidence*, Ottawa, E. Cloutier, 1950 à la p. 169.

L'article 129 de la LDN est demeuré, en substance, similaire à l'article 118<sup>178</sup>.

Il existe une différence considérable entre le paragraphe 129(1) et le paragraphe 129(2) au point où on peut suggérer qu'il s'agit de deux infractions distinctes. Ces infractions posent des difficultés différentes. Ainsi, le problème central du paragraphe 129(1) sera de définir le comportement visé puisque, comme nous le verrons, il érige des standards en normes. La principale difficulté que pose le paragraphe 129(2) est reliée essentiellement aux mécanismes de publicité des règlements, ordres et directives que l'infraction entend sanctionner. Nous énoncerons d'abord les principales caractéristiques des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) et nous discuterons ensuite des problèmes juridiques distincts reliés à leur utilisation respective.

**a) L'infraction prévue au paragraphe 129(1)**

Le paragraphe 129(1) actuellement en vigueur est ainsi rédigé :

Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté<sup>179</sup>.

Le texte de loi ne fournit aucune indication de ce que signifie l'expression «bon ordre et à la discipline», aucune précision quant à la nature et aux caractéristiques des actes et des comportements pour déterminer s'ils sont préjudiciables au bon ordre et à la discipline. Les justiciables ne seront donc informés du standard qu'après lui avoir contrevenu<sup>180</sup>.

---

178. *Supra* notes 1 à 4.

179. *Ibid.*

180. Une disposition semblable dans le cadre du système disciplinaire correctionnel du Canada a été abrogée suite à des modifications législatives en raison principalement de son caractère vague et imprécis. À cet effet, voir de façon générale *Howard c. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary court of Stony Mountain Institution* (1984), 2 C.F. 642; M. Jackson, «Justice behind the walls-a study of the disciplinary process in a canadian penitentiary» (1974) 12 Osgoode L.J. 1 et SOLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Les autorités correctionnelles et les droits des détenus, Révision du droit correctionnel, document de*

Une accusation sous le paragraphe 129(1) s'établit tout d'abord par la preuve de la conduite alléguée et de l'état d'esprit répréhensible de l'accusé, suivie soit du témoignage d'un témoin<sup>181</sup> ou, généralement, de la preuve d'un standard de conduite reconnu par le tribunal comme pouvant être préjudiciable au bon ordre et à la discipline<sup>182</sup>. La preuve du standard de conduite est habituellement acceptée lorsque le tribunal prend connaissance judiciaire d'une proposition de connaissance militaire générale dont l'exactitude ne peut faire l'objet d'une contestation raisonnable. Lorsque le tribunal prend ainsi connaissance judiciaire d'une telle proposition, elle est alors tenue pour vraie et elle est opposable à l'accusé en ce sens qu'aucune preuve ne peut être reçue par la suite pour contredire cette proposition<sup>183</sup>. L'accusation sera établie si le tribunal conclut par la suite que la conduite de l'accusé est, compte tenu de sa nature et des circonstances où elle s'est produite, préjudiciable au bon ordre et à la discipline<sup>184</sup>.

L'objectif du paragraphe 129(1) est de combler les vides laissés par les autres dispositions du code de discipline militaire. Il sanctionne une «common

---

*travail no.5*, Ottawa, octobre 1987. P.M. Quinn, «Reflexivity Run Riot : the survival of the prison catch-all» (1995) 34 *Howard Journal of Criminal Justice*. 354. À la page 357, l'auteur écrit : «[...] you don't know what the rules are until you have broken them».

181. Le témoignage de l'expert devra établir un standard de conduite requis de l'accusé dans les circonstances, que l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant de l'existence du standard, que la conduite de l'accusé contrevient au standard et finalement que cette contravention est préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

182. À cet effet voir *R. c. LCdr Morrisey*, Cour martiale permanente, 16 décembre 1997 et 4, 6, 7, 11 et 12 août 1998 aux pp. 421-422, *R. c. LS R. Maier*, Cour martiale permanente, 9 décembre 1997 et du 17-20 février 1998 à la p. 55., *R. c. MCpl London*, Cour martiale permanente, du 17-19 juin 1997 aux pp. 270-271 (appel rejeté, CACM-413) et *Pte E.O. McCully c. R.* CACM-360.

183. ORFC. Appendice 1.3, vol IV, Règles militaires de la preuve, art. 16(2), 17, 18 et 19. Par exemple dans *Lunn c. R.* (1993), 5 C.A.C.M. 157. La cour d'appel à la page 169 reconnaît que le président à la cour martiale pouvait valablement prendre connaissance judiciaire de la proposition suivante : «... l'obligation générale des membres des Forces canadiennes de ne pas utiliser des biens publics de grande valeur à des fins qui n'ont pas été approuvées par l'autorité militaire compétente».

184. *Sgt Jones c. The Queen* (2002), CMAC-460. À la page 5, la cour stipule : «The issue was whether, in the circumstances of this particular case, the appellant's conduct did prejudice good order and discipline in that the remarks tended to bring a superior into contempt».

law» militaire<sup>185</sup> : une loi non écrite définie par la pratique et la coutume que l'accusé est présumé connaître. Ces inconduites ne sont toutefois pas nécessairement connues de l'accusé et reposent finalement sur un code d'éthique qui varie suivant les circonstances, d'un commandant à l'autre, d'un juge à l'autre<sup>186</sup>.

Le paragraphe 129(1) sanctionne des standards de conduite et non des normes de conduite; il permet donc de pénaliser tout ce qui n'est pas spécifiquement prévu au code de discipline militaire<sup>187</sup>. Il ne se contente pas de prescrire ce qui est interdit mais il sert aussi à évaluer les bonnes et les mauvaises conduites<sup>188</sup>. En ce sens, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) coïncide davantage avec les caractéristiques d'un système disciplinaire qu'avec les exigences du droit pénal<sup>189</sup>.

---

185. La note (G) de l'art. 103.60 - Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline-des ORFC. Voir aussi le début de la note B à l'art. 103.60 - Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline-des ORFC. Voir également F.B. WIENER, *supra* note 6 à la p. 361 : «That is not to say, however, either that the sky is the limit or that there is any scope for hidden-ball plays in what, under a well recognized concept, can fairly and accurately be called the common law military. The General Article (l'équivalent du para. 129(1)) is not such a catchall as to make every irregular, mischievous, or improper act a court-martial offense. The article contemplates only the punishment of that type of misconduct which is directly and palpably - as distinguished from indirectly and remotely - prejudicial to good order and discipline».

186. Voir D.B. Nichols, *supra* note 6 à la p.127. L'auteur écrit : «The problem of the general article is that it covers a wide range of offenses, recognized in varying degrees. Where an offense has clearly crystallized, the approach of custom may be adequate. Where an offense has not crystallized, the approach of custom is useful but must be supplemented by the approach of fact. This at once raises the logical difficulty that the same question should not be both one of law and one of fact».

187. Voir à cet égard, M. Delmas-Marty, «Les standards en droit pénal» (1988) 4 R.R.J. 1019 à la p. 1034. L'auteur y mentionne : «En définitive, cette analyse montre qu'en droit pénal, il y aurait tout intérêt à circonscrire la notion de standard en considérant que : parmi les notions vagues et faisant référence à une normalité, c'est-à-dire à une moyenne des comportements, seules deviennent standards celles qui répondent à l'exigence d'un raisonnement logique [...]».

188. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Édition Gallimard, 1975 aux pp. 181-185. Voir aussi aux pp. 180-182. Voir également la note C à l'ORFC 107.05.

189. A. Jodouin, «La Charte canadienne et la nouvelle légalité» dans G.A. Beaudoin et E.P. Mendes, dir., «Charte canadienne des droits et libertés», 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 789 à la p. 811. L'auteur stipule : «L'arrêt (Nova Scotia Pharmaceutical Society) paraît donner droit de cité aux standards juridiques, dont on constate l'usage croissant en



La fréquence de l'utilisation du paragraphe 129(1) dépend dans une large mesure de l'interprétation que veulent bien donner les autorités militaires au concept de bon ordre et à la discipline. L'imprécision du langage utilisé permet donc aux autorités de bénéficier d'un large pouvoir discrétionnaire pour gouverner la conduite des militaires, leur permettant de sanctionner des inconduites allant des manquements anodins à la discipline aux conduites prohibées par le code criminel<sup>190</sup>.

Cette infraction traduit la nécessité pour les Forces canadiennes d'être en mesure de faire face à des inconduites dont la survenance n'est pas spécifiquement prévue ou autrement prévisible mais dont l'impact a un effet sur la discipline et finalement sur l'efficacité militaire.<sup>191</sup> Cette nature essentiellement résiduaire du paragraphe 129(1) est d'ailleurs confirmée au paragraphe 129(4) où il est stipulé que «les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'application du paragraphe (1)». C'est en ce sens que l'on réfère à cette infraction comme l'infraction «catch-all».

#### **b) L'infraction prévue au paragraphe 129(2)**

Le paragraphe 129(2) tire son origine de l'article 11 du *Army Act* britannique<sup>192</sup>. Il n'existait pas de disposition comparable au paragraphe 129(2) dans la *Loi du Service Naval*. À cette époque, la marine royale canadienne poursuivait simplement la contravention aux ordres et règlements sous l'article 87 de la *Loi du Service Naval*; une infraction similaire à celle actuellement

---

droit moderne, surtout en droit administratif. Le standard est une ... «norme souple, fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, [une] notion cadre». Or, les standards, s'ils présentent des avantages considérables sur les règles en termes de souplesse et d'adaptabilité, posent des problèmes sérieux de légalité pour le droit pénal». *R. c. Généreux*, *supra* note 13. Voir l'opinion du juge Lamer à la p. 275.

190. M. Groves, *supra* note 115 à la p. 21.

191. La note D de l'article 103.60 des ORFC 103.60, *supra* note 8.

192. *Supra* note 176.

prévue au paragraphe 129(1) de la LDN<sup>193</sup>. Le paragraphe 129(2) actuellement en vigueur est ainsi rédigé :

- (2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :
- a) une disposition de la présente loi;
  - b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
  - c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.

Cette infraction est demeurée substantivement la même depuis son adoption en 1950. La peine maximale qu'un tribunal militaire peut infliger pour une condamnation sous le paragraphe 129(2) est la même que celle prévue au paragraphe 129(1)<sup>194</sup>.

Notons que les termes «préjudiciable au bon ordre et à la discipline» ne figuraient pas dans la disposition législative anglaise sur laquelle s'était fondée la rédaction du paragraphe 129(2)<sup>195</sup>. Ils ont été ajoutés à l'article canadien. Les dispositions américaines et anglaises contemporaines ne l'incluent toujours pas dans leur infraction équivalente, faisant l'objet d'un article distinct<sup>196</sup>. D'ailleurs, dans tous les systèmes disciplinaires que nous avons consultés, nous n'avons trouvé aucun autre cas où l'infraction équivalente à celle prévue au

---

193. À cet effet, voir J.B. Fay, *supra*, note 11 aux pp. 127-128. L'auteur écrit : «The Royal Canadian Navy, after the passage of the Naval Services Act of 1944, did not follow this procedure of having two different sections, and charged failure to obey all orders and regulations under a section alleging conduct or neglect to the prejudice of good order and discipline. [...] accepting the proposition that wording prohibiting an act, neglect or conduct to the prejudice of good order and discipline was wide enough to cover the violation of all orders, no matter what their source.» Voir également l'art. 87 de la *Loi du Service Naval*, *supra* note 174.

194. Il s'agit de la peine de destitution ignominieuse du Service de sa Majesté qui est une peine plus sérieuse que l'emprisonnement de moins de deux ans dans l'échelle des peines militaires. *Supra* note 4.

195. Voir l'art. 11 du *Army Act* britannique, *supra* note 176.

196. Voir *Army Act* (1955), 3 & 4 Eliz 2, c. 18 (RU), art. 36. *Uniform code of Military Justice*, 10 USC 892, art. 92.

paragraphe 129(2) est associée au concept de «préjudiciable au bon ordre et à la discipline»<sup>197</sup>. Ces termes sont réservés exclusivement pour l'infraction qui est équivalente à celle prévue au paragraphe 129(1).

Le paragraphe 129(2) n'est pas quant à lui de nature résiduaire. C'est une infraction de nature spécifique visant à sanctionner la contravention des instruments élaborés aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 129(2). Elle crée une obligation pour les justiciables d'observer les règlements et les ordres énumérés au paragraphe 129(2) qui leur ont été dûment émis, publiés et notifiés<sup>198</sup>.

L'objet principal du paragraphe 129(2) est de permettre aux autorités militaires de sanctionner les règlements pris par les autorités civiles concernant l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes en vue de l'application de la Loi sur la défense nationale<sup>199</sup>. Le paragraphe 129(2) permet également de sanctionner la contravention aux ordres et directives qui sont émis par le chef d'état-major de la défense pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre<sup>200</sup>. Ainsi, le paragraphe 129(2) permet de sanctionner à la fois les contraventions à la loi ou aux règlements pris par les autorités civiles et les ordres ou les directives émis par les autorités militaires à tous les niveaux de la chaîne de commandement, du quartier général à l'unité, du général au simple soldat<sup>201</sup>. Ce processus d'incorporation par renvoi des ordres et directives pris par les autorités militaires leur permet ainsi de créer des

---

197. Nous faisons référence ici aux codes disciplinaires canadiens, américains et anglais applicables au service militaire, au service de police et au service des prisons. Par exemple, voir l'article 40 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, *supra* note 111.

198. Voir les dispositions législatives ayant trait à la notification et à la publication des règlements, ordres et directives destinés aux Forces canadiennes; voir le paragraphe 51(1) de la LDN et les art. 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

199. Voir les art. 12 à 13.1 de la LDN. Ces articles décrivent les pouvoirs qu'ont le gouverneur en conseil, le ministre et le conseil du trésor de prendre des règlements concernant les Forces canadiennes.

200. Voir le paragraphe 18(2) de la LDN et les art. 1.235, 4.12 et 4.21 des ORFC. Ces articles décrivent les pouvoirs qu'ont le chef d'état-major de la défense, les officiers commandant un commandement et les commandants d'émettre des ordres et directives.

201. Voir également l'art. 19.01 des ORFC. Et l'art. 19.015 des ORFC.

infractions<sup>202</sup>; le paragraphe 129(2) permet la sanction de leur contravention à travers le système de justice militaire<sup>203</sup>.

Après leur adoption, les lois sont rendues publiques par leur sanction royale et les règlements par leur publication dans la Gazette du Canada. Il est alors impossible d'en plaider l'ignorance<sup>204</sup>. Les règlements, ordres et directives pris sous l'autorité de la LDN sont soustraits à l'enregistrement et ne sont pas sujet à la publication dans la Gazette du Canada<sup>205</sup>. Leur publication et leur notification sont régies par la LDN et les règlements d'application<sup>206</sup>.

Si les exigences réglementaires sont respectées, alors l'accusé est présumé en connaître le contenu et la teneur<sup>207</sup>. Il lui est alors impossible d'en

---

202. Les dispositions de la LDN et les règlements pris par le gouverneur en conseil, le ministre ou le conseil du trésor en vertu des art.12 à 13.1 de la LDN ont déjà force de loi en raison de leur nature législative. Les ordres et directives qui sont émis par les autorités militaires, quant à eux, n'ont pas été édictés dans l'exercice d'un pouvoir législatif.

203. Voir J.B. Fay, *supra* note 11 aux pp. 122-123. L'auteur stipule : «Thus while military law can be defined, the scope and content is not easily determined. The authority in the National Defence Act providing for the creation of military law through regulations and orders is so extensive as to have the effect of taking the responsibility for making of what must be termed a form of criminal law, from the hands of Parliament and placing it in the hands of individuals».

204. Toute loi fédérale, c'est-à-dire toute disposition de nature législative adoptée par la Chambre des communes et ratifiée par le Sénat et ayant reçu la sanction royale, devient publique lors de son entrée en vigueur. Pour ce qui est des règlements fédéraux, notons que leur publication dans la Gazette du Canada les fait entrer dans le domaine public. Ils sont alors admissibles d'office devant une cour de justice par la production d'un exemplaire de la Gazette du Canada établie par l'imprimeur de la Reine. À cet effet, voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c.22, art. 23 et la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 20.

205. En effet les règlements pris en vertu de la LDN ne sont ni dans la codification de 1978 ou dans la partie 2 de la Gazette du Canada. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, art. 20 et *Le règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C. 1978, c. 1509, art. 7; les règlements pris en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la défense nationale* sont soustraits à l'enregistrement, et l'art. 15(1) du même règlement, soustrait ces règlements à la publication.

206. *Supra* note 210.

207. En vertu de l'art. 15 des Règles militaires de la preuve, la cour doit prendre connaissance judiciaire de la teneur, mais non de la publication ou de la suffisance de la notification des ORFC ainsi que des ordres (OAFK et DOAD) et instructions donnés par écrit par le chef d'état-major de la défense ou en son nom sous le régime de l'art. 1.23 des ORFC. On devra prouver la fabrication et la teneur des ordres ou directives qui ne sont pas émis sous

plaider l'ignorance<sup>208</sup>. À défaut de pouvoir bénéficier de cette présomption réglementaire, la poursuite devra établir que l'accusé avait une connaissance personnelle du règlement, de l'ordre ou de la directive sous-jacent à l'accusation portée sous le paragraphe 129(2)<sup>209</sup>.

Nous remarquons que la connaissance qu'a l'accusé des règlements, ordres et directives dépend essentiellement de l'obligation qu'a le commandant de voir à leur publication et leur notification<sup>210</sup>.

Rappelons que le paragraphe (2) de l'article 129 stipule que le fait de contrevenir à un règlement, ordre ou directive est une inconduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline<sup>211</sup>. Cette simple contravention n'est cependant pas suffisante à elle seule pour établir la culpabilité d'un accusé. La Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Latouche* venait d'ailleurs confirmer cette interprétation :

However, because section 129 is a deemed offence, it is still necessary to examine the underlying QR&O offences in order to determine what *mens rea* is required for a finding of guilt pursuant to section 129<sup>212</sup>.

Lorsque la poursuite veut établir la culpabilité d'un accusé poursuivi sous l'infraction prévue au paragraphe 129(2), elle doit premièrement démontrer hors de tout doute raisonnable que le règlement, l'ordre ou la directive dont elle allègue contravention, avait dûment été publié et notifié à l'accusé. Deuxièmement, elle doit prouver hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs qui varieront selon la rédaction du règlement, de l'ordre ou de la

---

l'autorité du chef d'état-major.

208. Voir l'art. 150 de la LDN, *supra* note 1.

209. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 120. L'auteur est d'opinion que la présomption législative prévue à l'article 1.21 des ORFC ne pourrait bénéficier seulement qu'aux règlements, ordres et directives visés au sous-paragraphe 129(2) b). Les ordres visés au sous-paragraphe 129(2) c) ne pourraient bénéficier des mécanismes législatifs de présomption de notification et de publication. Voir les propos de l'auteur à la p. 128.

210. Voir les art. 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

211. Voir le paragraphe 129(2) de la LDN.

212. *R. c. Latouche*, *supra* note 9 à la p. 427. Voir aussi à cet effet *Howe c. The Queen* (1957), 2 CMAR 51. Voir les propos de la cour d'appel aux pp. 59 et 61.

directive sous-jacent à l'accusation<sup>213</sup>. Comme le mentionnait la cour dans l'affaire *Latouche* :

The trial judge was, therefore, required to examine the two underlying offences particularized in the charges in order to determine what the essential elements of the underlying offences were, and what *mens rea* was required for those underlying offences. It is the commission of the underlying offences which determines whether or not the accused's act caused prejudice to the good order and discipline of the Canadian military forces<sup>214</sup>.

Ainsi la poursuite aura démontré la culpabilité de l'accusé<sup>215</sup>. Il nous apparaît donc superflu que la loi ait tenu à préciser que le fait de contrevenir aux règlements, aux ordres et aux directives soit préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

## **2. Les problèmes reliés à la nature des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale**

---

213. *R. c. Latouche*, *supra* note 9. Voir les propos de la cour d'appel des cours martiales aux pp. 428-430.

214. *R. c. Latouche*, *supra* note 9 à la p. 430.

215. Par exemple, l'article 20.04 des ORFC interdit à tout justiciable de faire usage de drogues. Le mot *drogue* est défini dans le règlement et inclut entre autres une substance désignée, définit dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. L'utilisation de drogue n'est pas une infraction en droit criminel. Devant un tribunal militaire, la poursuite, pour être en mesure de prouver que l'accusé connaissait le règlement adopté par le gouverneur en conseil, car il ne s'agit pas d'une loi, pourra bénéficier de la présomption réglementaire prévue aux articles 1.12 et 1.21 des ORFC et l'accusé ne pourra plaider qu'il en ignorait le contenu et la teneur. À défaut de pouvoir bénéficier de la présomption réglementaire, la poursuite devra démontrer que l'accusé avait une connaissance personnelle du règlement. Si la poursuite réussit à établir ces faits, l'accusé ne pourra suggérer qu'il ne savait pas qu'il était interdit d'utiliser des drogues. Cependant le travail de la poursuite ne s'arrête pas là; elle devra établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé a intentionnellement utilisé une drogue interdite et que, dans les faits du dossier, la substance utilisée par l'accusé était une substance interdite et que l'accusé savait qu'il s'agissait d'une drogue interdite.

**a) L'infraction prévue au paragraphe 129(1) présente des problèmes de définition**

La nature résiduaire et indéterminée du paragraphe (1) de l'article 129 rend son application sujette à une interprétation subjective. Le paragraphe 129(1) sanctionne des conduites qui contreviennent à un standard alors qu'en principe les infractions pénales sanctionnent des conduites en contravention de normes précises<sup>216</sup>. La notion de standard est difficilement compatible avec le principe de la légalité<sup>217</sup>. Le standard diffère de la règle, ou norme :

Des «standards» en droit pénal. Surprenante expression qu'on ne trouve dans aucun index des principaux manuels de droit pénal. Il est vrai que la notion de standard introduit une référence à la normalité donc une moyenne, à l'«étant»; alors que le droit pénal est par nature normatif. À travers les interdits que sont les infractions pénales il pose un «devoir être», donc un idéal de comportement et non une moyenne. De plus, le standard ne fournit pas de solution unique et univoque. À la différence de la règle, qui permet de déduire, dans une logique binaire, une solution nette, une décision qui tranche entre interdit/permis, coupable/innocent, le standard détermine des possibilités d'autant plus ouvertes qu'il se fonde sur des critères plus nombreux, offrant des combinaisons multiples. En ce sens la logique du standard paraît heurter de front le principe de la légalité que l'on sait au cœur du droit pénal dans les pays de tradition legaliste. On connaît la formule de Portalis : en droit pénal, il faut «des lois précises et point de jurisprudence»...<sup>218</sup>

Le principe de la primauté du droit se manifeste en droit pénal par le principe de la légalité<sup>219</sup>.

The principle of legality is, first of all, a summation of the form of all the penal laws, of what distinguishes them as positive laws from all

---

216. A. Jodouin, *supra* note 189. Voir les propos de l'auteur à la p. 812.

217. Ce principe s'énonce dans cette maxime latine «nullum crimen nulla poena sine lege».

218. M. Delmas-Marty, *supra* note 187 à la p. 1020.

219. A. Jodouin, *supra* note 189 à la p. 796.

other rules; and it qualifies and is presupposed by everything else in penal theory<sup>220</sup>.

En droit pénal, les interdits sont spécifiques. L'infraction pénale est une création de la loi. Le principe de la légalité est à la source de la notion de «non-rétroactivité» ainsi que de l'interprétation restrictive des infractions<sup>221</sup>. Le principe de la légalité impose des limites aux agissements des officiers de l'État par la prescription de règles strictes et spécifiques couvrant toutes les étapes du processus pénal<sup>222</sup>.

Dans «*De la règle Nulla poena sine lege*»<sup>223</sup>, l'auteur fonde la rationalité du principe de la légalité sur la nécessité d'éviter l'arbitraire :

Telle est la raison pour laquelle on exige dans la loi une définition préalable des incriminations. La liste ainsi dressée permet aux individus de régler leur activité en conséquence et de jouir de la sécurité la plus complète, tant qu'ils ne dépassent pas les limites ainsi tracées. Mais précisément, ce but ne peut être pleinement rempli, que si ces limites sont précises. Il sera inutile de promulguer un Code, si les formules de ce Code sont vagues. Sous couleur d'interprétation de la loi, le juge recouvrera son pouvoir arbitraire et ce sera alors beaucoup plus dangereux. Tout vaut mieux que l'hypocrisie. Pour notre part nous préférons un système, laissant franchement au juge un pouvoir discrétionnaire, à une législation, fondée sur un Code, si ce Code se compose de textes tellement larges, que le magistrat sera en fait presque entièrement libre.

L'imprécision inhérente à l'infraction prévue au paragraphe 129(1) limite la capacité qu'ont les autorités militaires de voir au maintien de la

---

220. J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., Bobbs-Merrill, 1960 à la p. 27

221. Voir G. Levasseur, A. Chavanne et J. Montreuil, *Droit pénal général et procédure pénale*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Édition Sirey, 1994. Voir plus précisément les propos des auteurs aux pp. 33, 34 et 43.

222. A. Jodouin, *suupra* note 189 à la p. 794.

223. L.J. Morandière, *De la règle Nulla poena sine lege*, Paris, Recueil Sirey, 1910 aux pp. 60 et 61.



discipline de leurs subordonnés et de leur indiquer clairement ce qui constitue une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline :

If one wishes to deter people from engaging in various activities by holding out to them a threat of punishment, it seems essential to state quite clearly and precisely what the forbidden activity is. For, it would seem, the threat cannot have any effect on the mind of the prospective criminal unless he or she can associate it easily with a particular proposed activity on his or her part<sup>224</sup>.

La littérature juridique s'est d'ailleurs préoccupée de la constitutionnalité et de la légalité de l'infraction prévue au paragraphe 129(1). Plusieurs auteurs ont remis en question la validité de cette disposition; certains en recommandant même son abolition<sup>225</sup>.

Voici comment, en 1972, le major-général Hodson, ancien juge-avocat général des Forces terrestres américaines et ancien juge en chef du United States Army Court of Military Review, s'exprimait au sujet de l'article 134 du Uniform Code of Military Justice (UCMJ), l'équivalent américain du paragraphe 129(1) :

I would abolish Article 134.[...]. We would thus rid ourselves of the Devil's Article. We don't really need it, and we can't defend our use of it in this modern world. It probably could not withstand a vague and indefinite attack in the Supreme Court<sup>226</sup>.

De même, dans une affaire relative au droit à la représentation par avocat devant un tribunal disciplinaire des détenus, la cour d'appel fédérale du Canada (en rapport à une accusation portée sous l'article 39k) de l'ancien article

---

224. M. Grove, *supra* note 115 à la p. 22. M. Jackson, *supra* note 182 à la p. 7.

225. E.F. Sherman, *supra* note 6; G.G. Ackroyd, *supra* note 6; C.B. Arrowood, *supra* note 6; K.S. Bernard, *supra* note 6; P. Camp, *supra* note 6; J.A. Hagan, *supra* note 6; D.J. Kornstein, *supra* note 6; D.B. Nichols, *supra* note 6.; F.B., Wiener, *supra* note 6; D.N. Zillman, et E.J. Imwinkelreid, *supra* note 6.

226. K.J. Hodson, *supra* note 6 à la p. 12. Uniform Code of Military Justice, *supra* note 196, art. 134.

39 du Règlement sur les services des pénitenciers<sup>227</sup>, une disposition semblable au paragraphe 129(1)) notait :

En outre, une des trois autres accusations lui reprochait d'avoir agi de manière à nuire à la discipline et au bon ordre, chef d'accusation notoirement vague et difficile à contester pour quiconque. Ces caractéristiques indiquent également que la protection des droits du détenu exigeait l'assistance d'un avocat.[...]. Une des accusations portées contre l'appelant en l'espèce, soit celle d'avoir eu une conduite propre à nuire à la discipline ou au bon fonctionnement de l'établissement, est une accusation fourre-tout tellement vague que la nécessité d'obtenir l'aide d'un avocat afin de préciser les faits et de contester les allégations ne peut que sauter aux yeux<sup>228</sup>.

L'article 39k) des *Règlements sur les services des pénitenciers* a été abrogé essentiellement parce qu'il avait été considéré comme vague et imprécis et qu'il ne structurait pas suffisamment les pouvoirs discrétionnaires des autorités<sup>229</sup>.

Les caractères vagues et imprécis du paragraphe 129(1) et de l'article 134 américain<sup>230</sup> ont été discutés devant les cours de justice : la Cour martiale générale, la Cour d'appel des cours martiales et la Cour suprême des États-Unis ont toutes trois reconnu leur validité constitutionnelle, jugeant que le paragraphe

---

227. *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. c. 1251, art. 39. L'ancien article 39 du *Règlement sur les services pénitenciers* prévoyait à son paragraphe k) ce qui suit :

«39. Est coupable d'une infraction à la discipline, un détenu qui : [...] k)commet un acte propre à nuire à la discipline ou au bon ordre de l'institution;».

228. *Howard c. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary court of Stony Mountain Institution*, *supra* note 180 aux pp. 665 et 681.

229. Solliciteur général du Canada, *Les autorités correctionnelles et les droits des détenus*, *supra* note 180 aux pp. 3-4 et 40-50. Voir ce que le rapport stipule à la p. 3. Voir la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, *supra* note 111, art. 40. et M. Jackson, *supra* note 180.

230. *Parker c. Levy* (1974), 417 U.S. 733. Notons que dans cette décision de la cour suprême des États-Unis, trois des huit juges étaient dissidents.

129(1) ainsi que l'article 134 n'étaient pas imprécis au point d'être inconstitutionnels<sup>231</sup>.

Toutefois, malgré la reconnaissance judiciaire de la validité constitutionnelle du paragraphe 129(1), sa nature indéterminée continue d'avoir un impact significatif sur la discipline militaire et sur la légitimité des autorités chargées de l'appliquer<sup>232</sup>. L'ex-colonel Fay notait :

For the soldier the ultimate result of obedience to an order can be death in battle. The serviceman, to take such a risk, must have confidence in those who issue the orders and have the belief that the system he is called upon to support, and that the military system of which he is part, are good ones, fair, and with regard for him as an individual. When the serviceman has confidence in his commanders and believes in the organization, there is discipline. [...]. Military law achieves great importance when viewed in the context of the above. It is from military law that the serviceman receives his most tangible indication of the relationship between himself and those who command. It is under military law that he is tried and punished. If the military law system is a just system, then it will be recognized as such by the serviceman and thus it will promote and support the discipline upon which the military organization is based<sup>233</sup>.

Il est donc important de respecter les principes de justice qui sont compatibles avec la primauté du droit si l'on entend promouvoir la discipline tellement nécessaire au maintien de forces armées efficaces.

- 
231. *R. c. Lcol Michaud*, Cour martiale générale, 26 juin, 9 octobre, 6, 19 au 22 novembre 1990; *Lunn c. R.*, *supra* note 183 à la p. 166. La cour en se référant au principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 stipule : «Ce qui constitue ou non un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline dans le contexte des Forces armées canadiennes peut de toute évidence faire l'objet d'un débat judiciaire. [...] Elle n'est pas imprécise du tout quand on donne convenablement toutes les précisions nécessaires à son égard».
232. Voir President's Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice, «Task force Report : The Courts», Washington, Government Printing Office, 1967 à la p. 107.
233. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123

Le paragraphe (5) de l'article 129 stipule, par ailleurs, que le paragraphe (1) ne peut être invoqué pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128 de la LDN<sup>234</sup>. Cependant, rien n'empêche d'invoquer le paragraphe 129(1) pour porter une accusation similaire à une infraction criminelle incorporée au code de discipline militaire par le biais de l'article 130 de la LDN. Cette possibilité est amplifiée par la sévérité de la peine attribuée à l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline prévue au paragraphe 129(1).

Notons également que plusieurs des infractions énoncées aux articles 73 à 128 de la LDN sont semblables et dans certains cas identiques aux infractions criminelles civiles qui sont incorporées au code de discipline militaire par l'article 130 de la LDN, comme par exemple : l'article 84 LDN (frapper un supérieur) et l'article 265 du Code criminel (voie de faits); l'article 125 LDN (infractions relatives à des documents) et l'article 366 du Code criminel (faux documents)<sup>235</sup>. Il est donc ainsi possible de porter une accusation sous le paragraphe 129(1) pour des infractions similaires à celles prévues aux articles 73 à 128 sans contrevenir au paragraphe 129(5). D'ailleurs, la note (G)<sup>236</sup> de l'article 103.60 - Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline - des ORFC semble autoriser une telle façon de procéder :

Note (G) Voici quelques exemples de cas qui font l'objet d'accusations et d'allégations dans l'exposé des détails d'un chef d'accusation établi aux termes de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale :

---

234. Voir le paragraphe 129(5) de la LDN.

235. Par exemple, les infractions suivantes : art. 85 LDN (menace envers supérieur) et 264.1 C.cr. (proférer des menaces); art. 111 de la LDN (conduite répréhensible des véhicules), 249 C.cr. (conduite dangereuse) et 253 C.cr. (capacité de conduite affaiblie); art. 113 LDN (incendie) et 433 C.cr. (incendie criminel); art. 114 LDN (le vol) et 334 C.cr. (vol); art. 115 LDN (recel) et 354 C.cr. (possession de biens criminellement obtenus); 116 LDN (dommage, perte ou aliénation irrégulière) et 430 C.cr. (méfait); art. 117 LDN (infractions diverses à caractère frauduleux) et les articles 119 (corruption de fonctionnaires judiciaires), 120 (corruption de fonctionnaires), 121 (fraudes envers le gouvernement), 122 (abus de confiance par un fonctionnaire public) et 380 (fraude) du C.cr.; art. 128 LDN (complot) et 465 C.cr. (complot).

236. La note (C) de l'art. 107.05, *supra* note 156.

-Avoir illégalement en sa possession des effets appartenant à un camarade lorsqu'il n'existe pas de preuve réelle de vol; (infraction similaire à vol sous 114 LDN ou sous l'article 322 du Code criminel)  
-Présenter un certificat médical le sachant faux; (infraction similaire à 125 LDN ou 365 et 366 du Code criminel)...[...]  
-Être inapte au service à cause de la consommation antérieure de stimulants alcooliques. (infraction similaire à l'article 97 LDN)<sup>237</sup>.  
(Nous avons ajouté les précisions entre parenthèses)

De toute évidence, le paragraphe 129(5) ne peut empêcher efficacement l'utilisation du paragraphe (1) de l'article 129 pour poursuivre des inconduites similaires en substance ou encore identiques aux infractions prévues aux articles 73 à 128 de la LDN. Il semblerait que ce que le paragraphe 129(5) interdit est permis à la note (G) de l'article 103.60 des ORFC. Bien sûr, le paragraphe (6) qui mentionne qu'un officier pourrait être poursuivi pour une utilisation non conforme du paragraphe (1) ou (2), c'est-à-dire contrevenir au paragraphe (5), ne peut alors être appliqué, car comment peut-on soutenir qu'un officier a contrevenu au paragraphe 129(5) alors que la note (G) l'en autorise?

Comment porter des accusations contre un officier alors qu'il peut répondre qu'il respectait la note (G) de l'article 103.60 des ORFC<sup>238</sup>? Malgré nos recherches, nous n'avons trouvé aucun exemple où une telle contravention a été invoquée pour étayer une accusation contre un officier visé par le paragraphe 129(6)<sup>239</sup>.

---

237. Les comportements suivants furent d'ailleurs jugés sous l'article 129 au procès sommaire au courant de l'année 2001 :

-did, when applying for a passport, falsely represent his guarantor to be a senior military officer knowing such representation to be false;  
-signed document attesting that a cpl, had met the condition required to establish a common law relationship, knowing the information to be false;  
-did retain munitions, without authority, the property of the Canadian Forces, among his personal effects;  
-did improperly possess 40 CD Rom, property of her Majesty.  
-in an attempt to deceived, produce a medical certificate, a sick report form, knowing it to be not genuine.

238. *Howe c. The Queen*, *supra* note 212 à la p. 61.

239. Selon notre analyse, nous croyons que 16% des accusations portées sous le paragraphe 129(1) auraient pu faire l'objet de poursuite sous l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128, particulièrement les suivantes qui n'ont pas d'équivalents dans la vie civile et qui

La pratique et la note G à l'article 103.60 des ORFC laissent subsister les problèmes suivants dans l'utilisation du paragraphe 129(1). D'abord, en ce qui concerne les garanties procédurales, il est possible de poursuivre devant le procès sommaire des infractions identiques ou semblables à celles prévues aux articles 73 à 128 ou à l'une des infractions civiles prévues à l'article 130 de la LDN. Or, plusieurs de ces infractions, en raison de leur classification réglementaire, sont spécifiquement soustraites à la compétence du procès sommaire<sup>240</sup>. Il est, par ce mécanisme, permis de poursuivre devant le procès sommaire des conduites qui seraient normalement exclusivement justiciables de la cour martiale. Ce mécanisme lui permettra de choisir le procès sommaire comme mode de procès pour une infraction qui devrait être de la compétence exclusive de la cour martiale<sup>241</sup>. Ainsi, l'accusé se retrouve dans une situation où il peut perdre le bénéfice des protections procédurales accrues qui seraient autrement disponibles au niveau de la cour martiale.

Les garanties procédurales dont on prive l'accusé sont la possibilité d'avoir accès à une procédure pénale de type accusatoire<sup>242</sup>, au bénéfice de l'application des Règles militaires de la preuve<sup>243</sup>, au droit à la représentation

---

ne pourraient pas être poursuivies sur l'article 130 LDN : accusations d'absence sans permission (art. 90 LDN), d'ivresse (art. 97 LDN), d'insubordination (art. 85 LDN) et d'usage non autorisé de véhicule militaire (art. 112 LDN).

240. Voir l'art. 108.07 des ORFC, *supra* note 54. Ainsi les infractions prévues aux articles suivants de la LDN sont soustraites à la compétence du procès sommaire : 73 (manquement au devoir face à l'ennemi-commandants), 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 (sécurité), 76 (prisonniers de guerre), 77 (diverses infractions relatives aux opérations), 78 (espions au service de l'ennemi), 79 à 81 (infractions relatives à la mutinerie), 82 (infractions séditeuses), 92 (conduite scandaleuse de la part des officiers), 94 (propos trahitres ou déloyaux), 104 (perte, échouement ou mise en danger des navires), 119 (faux témoignage), 121 à 123 (infractions relatives à l'enrôlement), 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 125 (infractions relatives à des documents) de la LDN.

241. Par exemple, on pourrait poursuivre sous le paragraphe 129(1) une inconduite de négligence dans l'exécution des tâches (art. 124 de la LDN de la compétence exclusive de la cour martiale) et alors offrir à l'accusé de choisir de se faire juger soit par procès sommaire ou par cour martiale; rappelons que dans les cas d'élection 95% des militaires choisissent le procès sommaire. À cet effet, voir le *Rapport du JAG* (2001-2002), *supra* note 2 à la p. 100.

242. Voir K.S. Bernard, *supra* note 6 à la p. 336.

243. Voir les paragraphes 108.21(1) et (2) des ORFC.

par avocat<sup>244</sup>, à l'impartialité et l'indépendance du juge qui disposera de l'affaire en cour martiale<sup>245</sup>, à la transcription des débats de la cour martiale<sup>246</sup> et au droit d'appel à la Cour d'appel des cours martiales<sup>247</sup>.

Le problème étudié présente une difficulté en ce qui a trait à l'exception de la chose jugée. Ainsi, si l'accusation portée sous le paragraphe 129(1) vise une conduite similaire à celle visée par l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128, au code criminel ou à une autre loi fédérale, on pourra alors invoquer l'exception de la chose jugée. Cela aurait comme conséquence d'empêcher toute poursuite ultérieure devant un tribunal civil ou militaire<sup>248</sup>.

D'autre part, l'accusation peut ne pas refléter la réalité concrète de l'inconduite sujette à des poursuites sous le code de discipline militaire. En ce qui concerne la peine, elle peut masquer la gravité réelle de l'infraction. Ainsi, il est possible pour l'accusé de se voir infliger une peine qui tiendrait compte de l'infraction spécifique (soit une de celles prévues aux articles 73 à 128, au Code criminel ou à une autre loi fédérale) qui aurait dû faire l'objet de l'accusation<sup>249</sup>.

Ces problèmes reliés à l'utilisation actuelle du paragraphe 129(1), particulièrement au niveau du procès sommaire, jumelés à sa nature

---

244. L'accusé n'a pas droit à la représentation par avocat au procès sommaire. Voir l'art. 108.14 des ORFC.

245. Le commandant qui préside un procès sommaire n'est pas avocat et ne possède aucune formation juridique officielle. Il aura à juger un membre de son unité et il y a de fortes probabilités qu'il ait une connaissance du dossier de l'accusé. Le commandant a un intérêt personnel et professionnel dans le résultat du procès étant donné que l'un de ses devoirs est justement de voir au maintien de la discipline de son unité. Il est d'ailleurs redevable de cette obligation envers ses supérieurs hiérarchiques. Au même effet, voir le *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 55.

246. Il n'y a pas de consignation écrite des débats ou des motifs des décisions prises au procès sommaire.

247. L'accusé bénéficie d'un droit de révision du verdict et de la peine au procès sommaire. Cette demande est dirigée par l'accusé à l'autorité de révision. L'autorité de révision est l'officier supérieur envers qui le commandant est responsable en matière de discipline. Voir l'art. 108.45 des ORFC.

248. Voir le paragraphe 66(1) de la LDN.

249. P. Camp, *supra* note 6 à la p. 1957.

indéterminée, créent une situation que Camp, à propos de l'article 69 du *Army Act*<sup>250</sup>, cousin britannique du paragraphe 129(1), décrivait de la façon suivante :

There is about section 69 a flavour of Alice in Wonderland. Almost any conduct can be proscribed and in the orderly room before his Commanding officer, a soldier is unlikely to be able to challenge effectively that the act concerned was not at least potentially prejudicial to good order and military discipline and will be unlikely to insist that he did not have some implied mental element which is not stated in the charge, indeed neither he nor the Commanding officer may give any consideration to that element<sup>251</sup>.

Nous sommes d'opinion que cette remarque peut très bien s'appliquer au système de justice militaire canadien dans le contexte du procès sommaire devant le commandant de l'accusé.

Dans cette perspective, et particulièrement dans le cas où une accusation sous le paragraphe 129(1) serait entendue au procès sommaire, les remarques du juge Addy, ancien juge à la Cour d'appel des cours martiales, traduisent très bien la situation de l'accusé dans l'hypothèse qui nous occupe :

It is absolutely fundamental that an accused, in order to be convicted, must be convicted on legal evidence adduced before him in Court, and that all the essential particulars and elements of the offence must be proven in evidence, and that the accused must be given an opportunity to meet and explain or contradict this evidence. Any regulation in any way limiting these most basic principles of British justice must, in my opinion, be very strictly interpreted. ...[...] Any extension of this principle, unless such extension were most carefully and completely defined, would lead to an accused before a Service tribunal being in the very unfair position of having to speculate on what usage, what fact or what matter, particulars of which were not given to him, and which custom, matter or fact that has not been given in evidence or even argued at trial, might be used to convict him. He would not even be in a position to know what evidence he should adduce in his

---

250. *Army Act 1955* britannique, *supra* note 196, art. 69.

251. P. Camp, *supra* note 6 à la p. 1958.



defence or on what grounds he should argue. Furthermore appellate Courts, faced with a very incomplete record in some cases, might be obliged to speculate on what possible unestablished facts the accused might have been found guilty by the court martial.<sup>252</sup>.

Nous croyons que ces situations ne peuvent que mettre en danger la transparence et finalement la légitimité du système de justice militaire.

**b) L'infraction prévue au paragraphe 129(2) présente des problèmes de publicité**

Rappelons que le paragraphe (2) de l'article 129 permet à la hiérarchie militaire de sanctionner les règlements pris par les autorités civiles et les ordres et directives pris par les autorités militaires<sup>253</sup>. Ces règlements, ordres et directives sont soustraits à l'enregistrement et ne sont pas sujets à la publication dans la Gazette du Canada<sup>254</sup>; leur notification et publication sont assujetties au respect des exigences réglementaires prévues dans les ORFC tel que le prescrit l'article 51 de la LDN. Le paragraphe 51(1) énonce :

(1) Il suffit, pour que les règlements ainsi que les ordres et directives destinés aux Forces canadiennes soient considérés comme régulièrement notifiés, qu'ils aient été publiés *de la manière réglementaire*, dans l'unité - ou tout autre élément - où sert l'intéressé.  
(nos italiques)

---

252. *Chenoweth c. The Queen* (1954), 1 C.M.A.R. 253 aux 264-265. Au même effet, voir *R. c. Rutherford*, *supra* note 93. Voir les propos des juges majoritaires à la p. 272. Le juge dissident souscrit aux motifs du jugement prononcé par la majorité sur cette question. Voir également *R. c. Lunn*, *supra* note 183 à la p. 169.

253. Voir les art. 12 à 13.1 de la LDN pour les pouvoirs réglementaires attribués aux autorités civiles (au gouverneur en conseil, au ministre et au Conseil du Trésor) de prendre des règlements concernant l'application de la LDN. Voir l'art. 18(2) de la LDN pour les pouvoirs du chef d'état-major de la défense de prendre des ordres et directives. Voir entre autres les paragraphes (1) de l'art. 4.12 des ORFC (Ordre du chef d'état-major de la défense) et (1) de l'art. 4.21 des ORFC (Ordre du chef d'état-major de la défense).

254. *Supra* note 7.

Or, cette disposition peut donner lieu à une situation problématique. En effet, l'article 1.12 des ORFC - Règlements et ordres mis à la disposition des militaires - (Ordre du chef d'état-major de la défense) énonce :

Un commandant doit tenir à la disposition de tous les militaires intéressés les règlements pris et les ordres émis en application de la Loi sur la défense nationale.

L'article 1.21 des ORFC - Notification par réception des règlements, ordres et directives - (Règlement pris par le gouverneur en conseil) énonce :

Sous réserve du paragraphe 51(2) de la Loi sur la défense nationale (voir l'article 1.20-Notification des règlements, ordres et directives-forces de réserve), tous les règlements, ordres et directives émis aux Forces canadiennes sont censés avoir été publiés et régulièrement notifiés à toute personne intéressée si :

- a) d'une part, ils sont reçus à la base, l'unité ou l'élément où cette personne est en service;
- b) d'autre part, le commandant de la base, de l'unité ou de l'élément prend les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver intérêt. (Voir l'article 4.26-Circulation des règlements, ordres, directives, correspondance et publications.).

L'article 4.26 des ORFC - Circulation des règlements, ordres, directives, correspondance et publications - (Ordre du chef d'état-major de la défense) énonce :

- (1) Un commandant s'assure que tout règlement, ordre, directive, correspondance et publication touchant les militaires, soit quant à l'accomplissement de leurs fonctions ou quant aux conditions de leur service, reçoivent une publicité de nature à permettre à ces militaires de les étudier et se familiariser avec leur contenu.
- (2) Les ordres relatifs à toute question exigeant des explications particulières sont lus et expliqués aux militaires du rang dès leur réception.

Notons que certaines de ces dispositions sont des ordres et non des règlements au sens du paragraphe 51(1) de la LDN. Seulement les dispositions qui imposent au commandant des devoirs précis sont des ordres. Les règlements se satisfont du standard imprécis des «mesures qui lui paraissent pratiques».

Rappelons que lorsque la poursuite porte une accusation sous le paragraphe 129(2), elle doit établir que le règlement, l'ordre ou la directive sous-jacent a été publié et notifié à l'accusé. Pour bénéficier de la présomption réglementaire et ainsi éviter d'avoir à établir la connaissance personnelle de l'accusé, la poursuite doit démontrer les conditions énoncées à l'article 1.21 des ORFC. Or, en vertu de cette disposition réglementaire, le règlement, ordre ou directive faisant l'objet de l'accusation sera censé avoir été publié et régulièrement notifié à l'accusé si d'une part il est reçu à l'unité où sert l'accusé et si d'autre part le commandant a pris les mesures qui lui paraissaient pratiques pour s'assurer que le règlement, l'ordre ou la directive soit porté à l'attention et mis à la disposition des personnes pouvant y trouver intérêt. Bien sûr, le commandant a d'autres obligations découlant non pas des règlements mais des ordres (voir les articles 1.12 et 4.26 des ORFC ci-dessus). À la limite, dans l'hypothèse où le commandant ne respecterait pas les ordres, la présomption pourrait trouver application si le tribunal était satisfait que le commandant avait néanmoins pris des mesures qui lui paraissaient pratiques pour s'assurer que le règlement, l'ordre ou la directive soit porté à l'attention et mis à la disposition de l'accusé. On pourrait ainsi craindre que l'accusé n'ait pas eu une connaissance réelle du règlement, de l'ordre ou de la directive faisant l'objet de l'accusation.

Les obligations qu'a le commandant en vertu des articles 1.12 et 4.26 des ORFC ne peuvent être considérées comme faisant partie de la procédure réglementaire visée à l'article 51 de la LDN puisque ces obligations ne sont pas énoncées dans des règlements, mais plutôt dans les ordres émis par le chef d'état-major de la défense<sup>255</sup>. Notre interprétation de la procédure de notification et publication se confirme à la lecture de la version anglaise du paragraphe 51(1) de la LDN :

---

255. N. Caron, *supra* note 11. Voir les propos de l'auteure aux pp. 34 et 50. Pour la définition de «texte réglementaire» voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, art. 2. Au même effet, voir *R. c. Strand* 14/98 (Standing court martial) à la p. 223.

(1) All regulations and all orders and instructions issued to the Canadian Forces shall be held to be sufficiently notified to any person whom they may concern by their publication, *in the manner prescribed in regulations made by the Governor in Council*, in the unit or other element in which that person is serving. (nos italiques)

Comme les articles 1.12 et 4.26 des ORFC sont des ordres pris par le chef d'état-major de la défense et non des règlements pris par le gouverneur en conseil, il n'est pas nécessaire, selon nous, dans le cadre de la législation actuelle, de démontrer que le commandant a respecté les ordres prévus aux articles 1.12 et 4.26 afin de bénéficier de la présomption réglementaire.

Malgré tout, nous considérons essentiel que le commandant respecte les obligations prévues aux articles 1.12 et 4.26<sup>256</sup> parce que la grande majorité des activités visées par ces règlements, ordres et directives gouvernent des conduites qui ne constitueraient pas autrement des infractions passibles de sanctions dans la vie civile<sup>257</sup>.

Rappelons qu'en ce qui concerne l'application du paragraphe (2) de l'article 129, selon la réglementation actuelle, c'est au commandant que revient la charge de prendre les actions nécessaires afin que les règlements, ordres et directives soient mis à la disposition et portés à l'attention des militaires qui servent sous son autorité<sup>258</sup>.

Rappelons aussi que pour établir la culpabilité d'un accusé poursuivi sous l'infraction prévue au paragraphe 129(2), la preuve doit démontrer hors de tout doute raisonnable que le règlement, l'ordre ou la directive dont on allègue contravention avait été publié et notifié à l'accusé. Ensuite, la preuve doit établir

---

256. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 125.

257. Voir de façon générale le chapitre 19 des ORFC qui gouverne la conduite et la discipline dans les Forces canadiennes. On peut penser aux ordres qui gouvernent la consommation de boissons alcooliques, les rapports avec le public, la divulgation d'opinion, les communications à des agences de nouvelles, les relations sexuelles entre adultes consentants, les relations personnelles entre les membres, les techniques de déchargement des armes, de l'entretien de l'équipement, de la tenue et du maintien, etc.

258. Voir les art. 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs du règlement, de l'ordre ou de la directive sous-jacent à l'accusation<sup>259</sup>.

Or, le commandant, à qui ces obligations réglementaires sont imposées, doit également agir comme juge au procès sommaire et donc se satisfaire que ces obligations ont été correctement remplies. La possibilité de conflit d'intérêt nous semble élevée<sup>260</sup>.

Il nous semble maintenant indiqué d'examiner la fréquence d'utilisation de l'article 129 dans le système de justice militaire ainsi que les proportions dans lesquelles sont respectivement portées les accusations sous les paragraphes (1) et (2) de l'article au niveau de la cour martiale et du procès sommaire. Nous avons aussi révisé les peines infligées sous le paragraphe 129(1) et sous le paragraphe 129(2) dans le but d'établir la gravité relative de ces deux infractions. Pour ce faire, nous avons analysé les données disponibles pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000 pour ce qui est des cours martiales et celles de la période du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2001 pour les procès sommaires.

Pour l'analyse des accusations portées sous l'article 129 de la LDN devant la cour martiale, les données comprenaient 97 dossiers<sup>261</sup>, soit 346 accusations. De ce nombre, 71 accusations, c'est-à-dire 20% avaient été portées

---

259. *R. c. Latouche*, *supra* note 9.

260. Nous sommes particulièrement inquiets de la modification proposée au sous-paragraphe 108.17(1)a qui consisterait à ajouter à l'exception déjà prévue pour l'article 129, la contravention aux ordres de commandement (art. 4.12 des ORFC) et aux ordres permanents du commandant (art. 4.21 des ORFC). Le commandant qui a l'obligation de tenir à la disposition de tous les militaires intéressés les règlements pris et les ordres émis en application de la LDN et de s'assurer également que ces règlements et ordres reçoivent une publicité et des explications lorsque cela est nécessaire est également l'individu qui agira comme président au procès sommaire. La possibilité pour le commandant de forcer le procès sommaire contre un accusé dans ces circonstances de conflit d'intérêt évident entre ses obligations et les droits de l'accusé met l'accusé et ses droits dans une position très précaire. Comment l'accusé peut-il suggérer au tribunal que les ordres qui font la substance de l'accusation n'ont pas été publiés et notifiés de façon adéquate?

261. Pendant la période du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2000, il y a eu 122 cours martiales. Voir les feuilles d'enregistrement des cours martiales ainsi que les actes d'accusations gardés au bureau du Juge-avocat général des Forces canadiennes à Ottawa.

en vertu de l'article 129<sup>262</sup>. Cinquante et une accusations, 15% du nombre total des accusations pour la période, se rapportaient au paragraphe 129(2) et 20 accusations au paragraphe 129(1), c'est-à-dire 6% du total.

Notre analyse révèle que 50% des accusations portées sous le paragraphe 129(1) l'ont été à titre principal par rapport à 84% sous le paragraphe 129(2).

Comme l'article 148 de la LDN prévoit expressément qu'une seule sentence peut être prononcée par le tribunal, même lorsqu'un membre est reconnu coupable de plusieurs infractions<sup>263</sup> et que dans la majorité des cas il y a eu des condamnations sous d'autres infractions, il s'est avéré difficile d'estimer la sévérité des peines attribuables aux paragraphes 129(1) et 129(2) au niveau de la cour martiale<sup>264</sup>.

Pour l'analyse des accusations portées sous l'article 129 de la LDN devant le procès sommaire, notre analyse se fonde sur un échantillon de 1265 accusations. De ce nombre, 540 accusations ont été portées sous l'article 129 de la LDN. Étant donné que les accusations sous l'article 129 sont souvent portées sans préciser, dans l'exposé des détails<sup>265</sup>, si l'inconduite est en contravention d'un règlement, ordre ou directive et qu'au procès sommaire on ne transcrit pas les notes des débats<sup>266</sup>, nous avons présumé, dans les cas où l'inconduite alléguée dans l'accusation pouvait être considérée en contravention d'un règlement, d'un ordre ou d'une directive et aussi comme préjudiciable au bon

---

262. Voir le *Rapport annuel du JAG (2001-2002)*, *supra* note 2, annexe E. Ce pourcentage coïncide avec celui de la période du 1<sup>er</sup> avril 2000 au 31 mars 2002. Durant cette période, 23% des 447 accusations portées devant la cour martiale l'ont été sous l'article 129.

263. Bien qu'une seule sentence puisse être imposée, il arrive fréquemment qu'une peine concomitante facultative soit jointe à une autre peine autorisée dans l'échelle de punition. À cet effet, voir de façon générale le chapitre 104 des ORFC et les art. 108.24, 108.25 et 108.26 des ORFC.

264. Nous avons trouvé 4 dossiers où il y a eu condamnation pour une accusation unique sous le paragraphe 129(1) en cour martiale : Lcol Boulanger, CMP, 22 juin 1999, (blâme et \$1500); Lcol McEachern, CMP, 15 février 2000, (réprimande et \$750), Lcol Atkinson, CMP, 7 juin 2000, (\$5000) et Sgt Myers, CMP, 26 sept 2000, (blâme et \$500).

265. Voir les paragraphes 107.04(2) et (3) des ORFC.

266. L'article 112.66 des ORFC prescrit que les débats des cours martiales doivent être enregistrés et qu'une transcription de tous les débats de la cour doit être préparée aussitôt que possible après la fin des procédures de la cour martiale.

ordre et à la discipline, qu'il s'agissait en fait d'une accusation portée en vertu du paragraphe 129(2). Ainsi, à partir de l'échantillon de 1265 accusations<sup>267</sup>, 540 accusations ont été portées sous l'article 129 au procès sommaire pour la période analysée<sup>268</sup>, nous avons comptabilisé sous le paragraphe (2) les accusations où il y avait mention dans l'exposé des détails de «contrairement au règlement, ordre ou directive» dûment précisé<sup>269</sup>. Nous avons comptabilisé également sous le paragraphe (2) les accusations où il n'était pas spécifié si l'inconduite contrevenait à un règlement, ordre ou directive mais qui constituaient, selon notre estimation, clairement une telle contravention<sup>270</sup>.

De notre échantillon de 1265 accusations, 330 accusations, soit 26% ont été portées sous le paragraphe (2) et 210 accusations, soit 17% sous le paragraphe (1)<sup>271</sup>; 200 l'ont été à titre principal et 10 à titre subsidiaire<sup>272</sup>. Nous

---

267. Pendant la période du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2001, il y a eu 1406 accusations entendues au procès sommaire, dont 681 sous l'article 129 (48% des accusations totales). Dans la banque de données utilisées, les détails de l'accusation étaient disponibles seulement pour 540 des 681 accusations portées sous l'article 129. Notre échantillon se fonde donc sur 1265 accusations.

268. Voir la banque de données du JAG pour un compte rendu sur les procès sommaires pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2001. Cette banque de données est disponible à la section du Directeur juridique-Justice militaire politique et recherche du bureau du juge avocat général des Forces. Un rapport informatique de chacune des accusations portées au procès sommaire avec l'énoncé de l'infraction et l'exposé des détails de celle-ci peut être obtenu à partir de cette banque de données.

269. Nous avons consulté avec madame Latour, responsable au bureau du juge avocat général à la section du Directeur juridique-Justice militaire politique et recherche, la rentrée dans la banque de données des infractions provenant des procès-verbaux de procédure disciplinaire afin de clarifier les cas où il y avait mention dans l'exposé des détails de l'infraction de l'expression «en contravention au règlement, ordre ou directive spécifique».

270. Les chiffres avancés sont très conservateurs, surtout lorsque nous considérons que la preuve de la publication et de la notification n'est pas, à notre connaissance personnelle, de pratique courante au procès sommaire. La preuve de ces accusations semble reposer de toute évidence sur la prise de connaissance judiciaire du président d'un standard de conduite reconnu par la pratique et la coutume.

271. Voir le *Rapport annuel du JAG (2001-2002)*, *supra* note 2, annexe E. Ce pourcentage coïncide avec celui de la période du 1<sup>er</sup> avril 2000 au 31 mars 2002. Durant cette période, 49% des 2928 accusations ont été sous l'article 129.

272. Le paragraphe (1) a été utilisé comme accusation subsidiaire à des infractions d'ivresse, d'acte d'insubordination et à d'autres accusations diverses du Code criminel. Notons que dans tous ces cas, l'accusé a été reconnu coupable sous 129(1) et qu'une suspension d'instance a été ordonnée à l'égard de l'infraction principale plus précise.

remarquons que la fréquence d'utilisation du paragraphe 129(1) (6% à la cour martiale et 17% au procès sommaire) et du paragraphe 129(2) (15% à la cour martiale et 26% au procès sommaire) est beaucoup plus élevée au procès sommaire qu'à la cour martiale.

La révision des dossiers a établi que les peines infligées pour les condamnations sous le paragraphe 129(1) au procès sommaire sont généralement moins sévères que celles infligées sous le paragraphe (2)<sup>273</sup>. Cette constatation ne fait que renforcer notre position selon laquelle l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait être réservée exclusivement à régir les inconduites considérées comme étant les moins graves.

**B. Une réorientation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale : des solutions qui tiennent compte des droits des militaires tout en respectant les impératifs militaires légitimes**

Dans quelle mesure peut-on repenser l'article 129 de façon à le rendre l'outil efficace qu'il devrait être pour la promotion de la discipline dans le respect de la légalité? Nous croyons qu'il est primordial de réviser l'article 129 afin que son contenu et sa structure puissent répondre aux besoins disciplinaires des Forces armées canadiennes tout en s'assurant de régler les difficultés reliées à son utilisation dans le cadre du système de justice militaire canadien.

Notre étude de l'article 129 de la LDN nous a révélé un certain nombre de dysfonctionnements et de difficultés à la fois d'ordre théorique et pratique dans la conception et l'application de ces infractions pourtant nécessaires au bon fonctionnement de la discipline militaire. Les problèmes soulevés relèvent en partie de la structure et du contenu des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2). Les problèmes de structures proviennent essentiellement de l'amalgame de deux infractions distinctes dans un seul et même article et les problèmes de contenu, de la portée excessive du libellé du texte du paragraphe

---

273. Voir les peines infligées suite à une condamnation sous 129(1), les peines infligées (amende et peines mineures) suite à une condamnation sous 129(1), sur l'échantillon de 210 accusations portées sous 129(1); voir aussi les peines infligées suite à une contravention sur 129(2), les peines infligées (amende et peines mineures) suite à une contravention sur 129(2), sur l'échantillon de 330 accusations portées sous le paragraphe 129(2).



129(1) et de la sévérité de la peine prévue. L'infraction prévue au paragraphe 129(2) présente, quant à elle, des difficultés en matière de publicité. Nous traiterons de ces problèmes de façon séparée puisqu'ils nécessitent des solutions différentes.

Ainsi, nous estimons que le regroupement dans un seul article de dispositions nettement distinctes n'améliore pas la compréhension de la nature de ces infractions. La nature, le rôle, la gravité théorique et l'utilisation de ces deux infractions dans le cadre du système de justice militaire commandent un traitement distinct tenant compte de ces différences.

Étant donné la controverse juridique entourant l'utilisation de l'infraction résiduaire prévue à l'actuel paragraphe 129(1) de la LDN, il est essentiel de tenir compte des objections de principe qui existent face à l'utilisation d'une telle disposition législative. À l'heure actuelle, cette infraction permet de mettre à risque la liberté des militaires pour la contravention d'une disposition qui vise à réglementer un domaine essentiellement disciplinaire. Nous croyons que l'utilisation de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait être réservée uniquement à des inconduites disciplinaires mineures ne pouvant pas être avantageusement poursuivies sous une autre infraction précise du code de discipline militaire.

Nous sommes d'opinion que le système réglementaire actuel assurant la publicité des règlements, des ordres et des directives destinés aux Forces armées canadiennes est insuffisant. À l'heure actuelle, il n'existe pas de définition réglementaire de ce que signifie l'expression prévue à l'article 1.21 des ORFC «le commandant ...[...] prend les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver intérêt.» Ce règlement crée un standard qui est explicité dans les ordres. Or, les normes prescrites par les ordres n'ont pas à être respectées pour que puisse jouer la présomption réglementaire prévue à l'article 1.21 des ORFC.

Dans un premier temps, nous exposerons les solutions visant à encadrer et à préciser davantage le domaine d'utilisation de l'article 129. Dans un deuxième temps, nous suggérerons des solutions visant à améliorer les mécanismes législatifs actuels qui visent à informer les militaires sur le contenu

et la teneur des règlements, ordres et directives publiés pour la gouverne des Forces canadiennes.

# **1. Des solutions visant à clarifier et à simplifier l'utilisation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale**

La discipline ne peut être promue qu'à l'intérieur d'un système de justice qui est juste et équitable et qui est ainsi perçu par les personnes qui y sont assujetties. Pour qu'il en soit ainsi nous croyons que les infractions, qui sont en quelque sorte les piliers de ce système, doivent être rédigées le plus clairement et simplement possible. De cette façon, les militaires seront informés de façon précise des comportements les mettant à risque de poursuites sous le code de discipline militaire. Ils pourront alors ajuster leur conduite en conséquence.

Il nous semble particulièrement important qu'il en soit ainsi dans le cadre du système de justice militaire canadien. En effet, plus de 90% des dossiers disciplinaires sont jugés devant le procès sommaire où l'accusé n'a pas droit d'être représenté par avocat. Pour favoriser la transparence du système, il nous apparaît primordial que l'accusé puisse comprendre la nature des accusations qui sont portées contre lui.

Dans cette perspective, il nous semble essentiel de séparer les infractions nettement distinctes qui sont énoncées respectivement aux paragraphes 129(1) et 129(2) de la LDN. Rappelons brièvement quelles sont ces différences.

D'abord, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) est de nature résiduaire et indéterminée. Cette infraction est destinée à poursuivre des comportements indésirables qui ne sont pas autrement visés par l'une des infractions expressément prévues au code de discipline militaire. Cette infraction permet aux Forces canadiennes de faire face à des inconduites dont la survenance n'a pas été spécifiquement prévue mais dont l'impact à néanmoins une conséquence néfaste sur la discipline militaire. Il s'agit donc d'une infraction militaire de type disciplinaire. La nature particulière de cette infraction fait en sorte que son utilisation devrait être réservée pour la poursuite d'inconduites mineures. Notre analyse des peines infligées au procès sommaire pour les condamnations sous les paragraphes 129(1) et 129(2) vient d'ailleurs

confirmer notre modèle théorique voulant que l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait se retrouver à la limite inférieure de l'échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires.

L'infraction prévue au paragraphe 129(2) n'est pas de nature résiduaire. Il s'agit d'une infraction générique à contenu spécifique qui est destinée à sanctionner la contravention par les militaires aux règlements, aux ordres et aux directives gouvernant les Forces armées canadiennes. Cette infraction est indispensable au maintien de la discipline militaire et traduit la nécessité pour les membres d'observer les règlements et les ordres qui sont dirigés par les autorités civiles et militaires. Il serait d'ailleurs difficile d'imaginer un code de discipline militaire qui ne disposerait pas d'une telle infraction. Cette disposition donne beaucoup de flexibilité aux autorités civiles et militaires en leur permettant ainsi de créer des infractions militaires qui pourront être sanctionnées dans le système de justice militaire. Ce pouvoir de créer des infractions donne la souplesse nécessaire aux Forces armées canadiennes pour s'adapter efficacement à des réalités opérationnelles changeantes et imprévisibles. L'importance de cette infraction sur l'efficacité opérationnelle des Forces armées canadiennes et l'impact significatif que peut avoir la contravention aux règlements, aux ordres ou aux directives dans certaines circonstances fait en sorte que la peine qui est attribuée à cette infraction doit être plus importante que celle prévue pour une contravention au paragraphe 129(1). Ainsi, la peine rattachée à l'infraction prévue au paragraphe 129(2) devrait être plus sévère que celle prévue au paragraphe 129(1) afin de mieux traduire la gravité relative de ces deux infractions distinctes.

En ce qui a trait à la rédaction de l'infraction prévue au paragraphe 129(2), il nous apparaît inutile de mentionner que le fait de contrevenir à l'un des instruments mentionnés aux sous-paragraphe a), b) et c) soit préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Il est entendu que de contrevenir à la loi, aux règlements, aux ordres et aux directives qui gouvernent les Forces canadiennes c'est agir de façon «préjudiciable au bon ordre et à la discipline». Cette expression devrait d'ailleurs être exclusivement réservée à l'infraction résiduaire prévue au paragraphe 129(1). La mention de cette notion à l'infraction prévue au paragraphe 129(2) est donc superflue et ne peut que provoquer de la confusion.

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de préciser au paragraphe 129(3) de la LDN que la tentative de commettre une infraction d'ordre militaire soit préjudiciable au bon ordre et à la discipline alors que le paragraphe 72(2) de la LDN prévoit explicitement que «quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable de tentative de commettre l'infraction projetée (...)»<sup>274</sup>. La tentative de commettre une infraction d'ordre militaire devrait d'ailleurs être poursuivie en vertu de l'infraction expressément prévue au code et non en vertu des paragraphes 129(1) ou 129(2). En effet, le paragraphe 129(5) stipule expressément que ces paragraphes ne peuvent être invoqués pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128 de la LDN.

Dans le même ordre d'idées et toujours dans l'objectif de clarifier l'article 129 de la LDN, il nous apparaît curieux que le sous-paragraphe 129(2) a) permet de poursuivre en vertu de cette disposition la contravention à l'une des dispositions de la LDN alors que le paragraphe 129(5) énonce spécifiquement que «le présent article ne peut être invoqué pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128; [...]...» Il nous semble que les inconduites expressément prévues au code de discipline militaire devraient être poursuivies en vertu de l'article spécifique et non pas en vertu de l'infraction générique prévue au paragraphe 129(2). Nous croyons que l'utilisation du paragraphe 129(2)a) de la LDN devrait être réservée pour les contraventions aux dispositions de la LDN autres que celles prévues aux articles 73 à 128, 130 et 132 de la LDN. Une telle restriction permettrait ainsi d'abroger les paragraphes 129(5) et 129(6) qui sont, en pratique comme en théorie, inefficaces pour restreindre le champ d'application des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2).

La création de deux infractions distinctes et l'élimination de la mention de la notion «préjudice au bon ordre et à la discipline» de l'infraction prévue au paragraphe 129(2) de la LDN feront en sorte qu'il sera désormais clair que l'infraction prévue au paragraphe 129(1) se veut l'infraction résiduaire du code de discipline militaire. Pour des fins de pure logique, l'infraction prévue au

---

274. Le paragraphe 72(2) de la LDN.

paragraphe 129(1) devrait se retrouver à la toute fin de l'énumération des infractions de nature militaire, juste avant l'article 130 de la LDN.

Nous sommes d'avis que la nature indéterminée du paragraphe 129(1) qui sanctionne un standard de conduite «préjudiciable au bon ordre et à la discipline» plutôt qu'une norme viole le strict principe de la légalité qui veut qu'en droit pénal aucune sanction ne puisse être infligée sans l'existence d'un article de loi définissant l'inconduite pour laquelle un individu pourrait se voir punir. Nous reconnaissons les objections de principe relativement à l'utilisation de ce type d'infraction dans le cadre du système de justice militaire actuel ainsi que les répercussions négatives probables qu'une telle infraction peut avoir sur la discipline en général. Cette infraction sera toujours ouverte à la critique car son contenu est incertain et donc sujet à une interprétation subjective.

Nous sommes cependant d'opinion qu'il faille, pour justifier l'utilisation d'une telle disposition dans le domaine de la justice militaire, faire la distinction entre le droit pénal et le droit disciplinaire. Nous croyons qu'il existe des arguments très convaincants et des objections valables à l'utilisation d'une infraction «fourre-tout» dans le domaine du droit pénal où la liberté des individus peut être mise en danger. Nous sommes particulièrement préoccupés par la possibilité de limiter la liberté des membres des Forces armées canadiennes suite à une condamnation sous une disposition législative destinée essentiellement à poursuivre des comportements indésirables qui ne sont pas autrement visés par l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128 du code de discipline militaire. Nous estimons que la nature particulière de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) fait en sorte que cette infraction devrait se retrouver à la limite inférieure de l'échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires. Nous croyons que le paragraphe 129(1) n'a pas sa place dans un système où il est possible d'infliger des sanctions pénales.

Cependant, nous ne sommes pas sans savoir que le système de justice militaire canadien a également une fonction disciplinaire et qu'il est donc un outil indispensable du maintien de la discipline. Ce système se veut également un outil de leadership qui doit voir à encourager la discipline qui est indispensable au maintien d'une force armée efficace. Ainsi, ce système demande de la rapidité d'intervention et de la souplesse pour réprimer des conduites qui, dans le monde civil, pourraient être acceptables, mais qui, dans

une institution comme les Forces armées canadiennes, ne peuvent être tolérées. Bien que la solution idéale soit de prévoir dans la loi, les règlements, les ordres et les directives tous les comportements qui pourraient être préjudiciables au bon ordre et à la discipline, il nous semble impossible d'identifier à l'avance tous ces comportements. En fin de compte, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) nous semble indispensable aux objectifs disciplinaires qu'entend promouvoir le système de justice militaire. Il est primordial que cette discipline soit maintenue pour garantir la capacité opérationnelle des Forces armées canadiennes. Il doit être possible de punir les comportements imprévisibles qui sont préjudiciables au bon ordre et à la discipline<sup>275</sup>.

Comme nous l'avons exposé précédemment, une condamnation sous le paragraphe 129(1) peut entraîner une peine maximale de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Rappelons que la cour martiale pourra imposer cette peine ou encore une moindre peine, comme l'emprisonnement pour une période de moins de deux ans ou encore une période de détention. De son côté le commandant au procès sommaire pourra infliger une peine pouvant aller jusqu'à trente jours de détention<sup>276</sup>. L'infraction prévue au paragraphe 129(1) dans la législation actuellement en vigueur n'est ni plus ni moins qu'une infraction pénale habillée de la robe d'une infraction disciplinaire. Ainsi, une condamnation en vertu de cette disposition du code de discipline militaire peut entraîner de véritables conséquences pénales.

Nous reconnaissons la nécessité et le besoin de conserver le paragraphe 129(1) dans la LDN. Nous reconnaissons cependant le bien-fondé de l'argument voulant qu'il ne devrait pas être possible pour les militaires de perdre leur liberté suite à une condamnation en vertu d'une disposition législative qui viole les principes fondamentaux du droit pénal. Il y va selon nous du respect même du principe plus général de la primauté du droit. Ainsi, nous sommes en accord et reconnaissons le bien-fondé de cette remarque de la majorité de la Cour suprême du Canada en 1987 dans l'affaire *Wigglesworth* :

---

275. *Rapport Prior*, *supra* note 114 à la p. 43. Au même effet, voir G.G. Ackroyd, *supra* note 6 à la p. 268.

276. Voir le *Règlement des prisons militaires et des casernes de détention* ( voir le volume IV des ORFC, appendice 1.4) qui discute des conditions de la détention dans les prisons militaires et les casernes de détention.

Si une personne doit subir des conséquences pénales comme l'emprisonnement, qui constitue la privation de liberté la plus grave de notre droit, j'estime alors qu'elle doit avoir droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure<sup>277</sup>.

La gravité de la peine actuelle attribuée à l'infraction prévue au paragraphe 129(1) ne reflète pas la gravité relative de l'infraction. Cette peine est la cause principale des difficultés de l'utilisation de cette infraction. C'est pourquoi nous estimons que la peine maximale qu'un tribunal militaire puisse infliger pour une condamnation sous le paragraphe 129(1) doit être réduite à la peine de rétrogradation<sup>278</sup>. La diminution de la sévérité de la peine actuellement attribuée à cette infraction est, selon nous, la façon pragmatique de la «décriminaliser» et de s'assurer que cette infraction sera ainsi utilisée seulement pour sanctionner les inconduites disciplinaires mineures n'ayant qu'un impact moins significatif sur le succès de la mission. Ainsi, l'infraction jouera son rôle d'infraction résiduaire de nature exclusivement disciplinaire. De cette façon, nous espérons annihiler à toute fin pratique les objections de principe reliées à l'utilisation de ce type d'infraction dans le cadre du système de justice militaire canadien.

Donc, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) sera suffisamment souple pour satisfaire aux besoins disciplinaires des Forces armées canadiennes et la peine maximale qui lui sera ainsi attribuée sera suffisamment mineure pour respecter les principes de justice fondamentale.

## **2. Des solutions visant à informer et à préciser aux militaires les comportements les mettant à risques de poursuites sous le code de discipline militaire**

Nous reconnaissons le bien-fondé du principe voulant que, dans la mesure du possible, les militaires canadiens doivent être clairement informés des comportements les mettant à risque de poursuites sous le code de discipline militaire. Cela est particulièrement important lorsque l'on considère que plusieurs de ces règlements, ordres ou directives visent des conduites qui ne

---

277. *R. c. Wigglesworth*, *supra* note 97 à la p. 562.

278. Voir l'art. 139 de la LDN, *supra* note 4

seraient pas passibles de sanctions pénales dans la vie civile et que les militaires ont l'obligation d'obéir à ces ordres sous peine de sanctions. En effet, l'obligation d'obéissance est essentielle à l'accomplissement ordonné des tâches militaires et, finalement, de la mission, raison d'être de son existence. Cette obligation est au cœur même de la vie militaire.

Malgré les efforts des commandants pour s'assurer que les règlements, ordres ou directives soient portés à l'attention et mis à la disposition des militaires servant sous leur ordre, il existe toujours à notre avis, dans le système de notification actuel, un risque bien réel qu'un militaire soit poursuivi et condamné pour la contravention à un règlement, ordre ou directive dont il ignorait l'existence et la teneur. L'impact d'une telle situation ne peut être que dévastateur sur la discipline et l'efficacité militaire en général en plus de laisser le membre avec le sentiment d'avoir été injustement traité.

Rappelons d'abord que le système de publication et de notification des règlements, ordres ou directives auprès des militaires canadiens dépend essentiellement des commandants. Le devoir réglementaire qui est imposé au commandant ne réfère pas à des normes précises mais plutôt à un standard. Bien entendu, ce standard réglementaire est précisé dans les ordres mais il n'existe pas de définition réglementaire de ce qui pourra être considéré comme étant «les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver un intérêt». Les ordres précisent ce standard mais le respect de ceux-ci n'est pas essentiel à notre avis pour bénéficier de la présomption réglementaire prévue à l'article 1.21 des ORFC lors de poursuite sous le paragraphe 129(2)<sup>279</sup>. Il est donc possible que le membre soit reconnu coupable devant un tribunal militaire pour avoir contrevenu à un règlement, ordre et directive dont il ignorait l'existence et la teneur sans qu'il lui soit loisible de plaider l'ignorance de l'instrument réglementaire ou de l'ordre sous-jacent à une accusation sous le paragraphe 129(2).

Au surplus, le commandant, à qui les obligations réglementaires sont imposées, doit agir comme juge au procès sommaire. Rappelons que lorsqu'il

---

279. Voir les articles 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.



a à juger au procès sommaire d'une accusation portée sous le paragraphe 129(2), il doit être persuadé qu'il a pris les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que le règlement, l'ordre ou la directive sous-jacent à l'accusation portée sous le paragraphe 129(2) avait été porté à l'attention et mis à la disposition du militaire qui est jugé devant lui. Devant cette situation, il nous apparaît évident que l'accusé ne peut pas plaider efficacement devant le commandant que les mesures prises par celui-ci ont été insuffisantes pour faire en sorte que le règlement ou l'ordre faisant l'objet de l'accusation avait été porté à son attention et mis à sa disposition. Les droits de l'accusé entrent directement en conflit avec les obligations réglementaires du commandant. Il nous apparaît essentiel, pour des fins de transparence et pour le bénéfice de la discipline en général, que les mécanismes actuels de publication et de notification des règlements, des ordres et des directives gouvernant les Forces armées canadiennes soient révisés.

Comme solution possible, nous croyons qu'il y aurait lieu que le gouverneur en conseil adopte les ordres actuels prévus aux articles 1.12 et 4.26 des ORFC comme des règlements au sens du paragraphe 51(1) de la LDN. Cette façon de procéder aurait comme avantage d'explicitier dans les règlements ce que l'on entend par des moyens qui paraissent «pratiques» au commandant. Ainsi, pour bénéficier de la présomption réglementaire, la preuve au procès sommaire comme à la cour martiale devra établir que le commandant de l'accusé a dûment respecté les normes expressément prévues dans les ordres actuels.

Comme autre solution pratique, le chef d'état-major de la défense pourrait voir à établir une nouvelle directive visant à supporter et à guider les commandants dans la mise en œuvre de leurs obligations réglementaires. Cette directive pourrait ordonner aux commandants de donner une séance de formation annuelle<sup>280</sup> obligatoire à tous les militaires servant sous ses ordres et de confirmer par écrit la date à laquelle il a tenu cette séance ainsi que la liste

---

280. Pour ce qui est des écoles de formation des Forces canadiennes, la séance devrait être donnée au début de chaque nouvelle session de formation.

de tous les militaires présents<sup>281</sup>. Cette liste pourra éventuellement être utilisée pour démontrer la connaissance qu'avait l'accusé du règlement, de l'ordre ou de la directive sous-jacent lors d'une accusation sous le paragraphe 129(2)<sup>282</sup>.

Les modifications suggérées du mécanisme de publicité auraient comme avantage d'accroître l'objectivité et de réduire la position de conflit d'intérêt du commandant qui est appelé à juger d'une accusation sous le paragraphe 129(2) au niveau du procès sommaire en plus de voir à diminuer les situations où un militaire pourrait être reconnu coupable devant un tribunal militaire pour la contravention à un règlement, ordre ou directive dont il ignorait l'existence et la teneur. N'oublions pas qu'une condamnation sous le paragraphe 129(2) de la LDN rend l'accusé passible d'une peine maximale de destitution du service de Sa Majesté ou une peine moindre et de trente jours de détention au niveau du procès sommaire.

Nous sommes bien conscients du fait qu'il est impossible de vouloir prévoir dans les règlements, ordres ou directives tous les comportements que nous pouvons concevoir comme étant des accrocs potentiels à la discipline. Cependant, nous sommes d'avis qu'il y a place à amélioration et qu'il y a lieu d'identifier et de particulariser certains actes et comportements qui font présentement l'objet d'accusations sous le paragraphe 129(1). Avec le temps,

---

281. La séance de formation pourra viser par exemple les sujets suivants : la tenue et le maintien, l'entretien de l'équipement militaire, les directives concernant la manipulation des armes, les politiques concernant les congés, les politiques relatives à l'utilisation de l'Internet, les politiques relatives à l'utilisation des véhicules militaires, les politiques relatives à l'utilisation de l'équipement militaire, les politiques relatives à la consommation de boissons alcoolisées, les politiques relatives à l'utilisation de drogues prohibées, les politiques en matière de racisme, les politiques gouvernant les relations intimes entre les militaires, les politiques sur le harcèlement, les politiques sur les conflits d'intérêts, les influences extérieures et les rapports avec les entrepreneurs, les politiques touchant les rapports avec le public, la divulgation de renseignements ou d'opinion et autres règlements, ordres et directives touchant la conduite des militaires. Les ordres de commandements (article 4.12 des ORFC) et les ordres permanents (article 4.21 des ORFC) spécifiques à l'unité pourraient également être discutés lors de cette séance de formation.

282. Nous croyons que la séance de formation permettra au chef d'état-major de la défense d'insister particulièrement sur les principales inconduites, comme les décharges non-volontaires des armes, identifiées dans le Rapport annuel du juge-avocat général au ministre de la Défense nationale sur l'administration de la justice militaire au sein des Forces canadiennes, et ainsi, nous l'espérons, réduire leur fréquence.

certaines inconduites se sont cristallisées et ont été reconnues par les tribunaux comme pouvant être considérées comme préjudiciables au bon ordre et à la discipline, comme par exemple la possession illégitime de biens publics par un membre des Forces canadiennes, les déclarations mensongères d'un subordonné à un supérieur et la soumission d'une fausse réclamation.

Étant donné leur importance et leur fréquence d'utilisation dans le système de justice militaire, nous croyons que certaines de ces inconduites ne peuvent plus être considérées comme imprévisibles et nous croyons que ces inconduites sont devenues en fait des infractions d'ordre militaire. Les comportements qui auraient acquis ce statut devraient figurer dans la LDN à titre d'infraction distincte. Nous sommes d'opinion que les comportements de possession illégitime et d'emploi d'un faux document officiel ont acquis un tel statut<sup>283</sup>. Nos suggestions relatives à la création de nouvelles infractions militaires spécifiques pour viser des comportements qui sont présentement poursuivis sous le paragraphe 129(1) réduiront, à notre avis, substantiellement la nécessité et le besoin qu'ont les autorités militaires de recourir à l'infraction résiduaire pour poursuivre ces types d'inconduites et reflétera davantage la réalité contemporaine de la vie militaire.

Dans le même ordre d'idées, nous sommes d'avis que la fréquence des inconduites relatives aux mensonges et aux fausses déclarations fait en sorte que ces inconduites ne peuvent plus être raisonnablement considérées comme imprévisibles. Nous suggérons donc l'élaboration d'un nouveau règlement visant à régir les inconduites reliées aux fausses déclarations<sup>284</sup>. Notre analyse des infractions portées sous le paragraphe 129(1) a démontré que ces fausses déclarations étaient généralement relatives :

- aux demandes de congé de maladie;
- aux demandes de congé pour raisons personnelles ou de famille;

---

283. Le lecteur pourra trouver en annexe à cette thèse la version suggérée pour ces nouvelles infractions militaires.

284. Le règlement devrait viser uniquement les déclarations mensongères de nature frauduleuse à propos d'informations qui pourraient avoir un impact significatif sur les décisions subséquentes des autorités militaires. Ce règlement devrait décrire clairement les circonstances où les fausses déclarations des justiciables pourraient les mettre à risque de poursuite en vertu du code de discipline militaire.

- au statut du membre (union de fait);
- à l'absence sans permission du lieu de travail;
- à la condition médicale du membre;
- aux qualifications militaires du membre;
- et autres raisons semblables<sup>285</sup>.

Il est donc possible pour les autorités civiles et militaires de se servir de leur pouvoir de faire des règlements et des ordres sous la LDN pour diminuer la nécessité qu'ont les autorités militaires de recourir à l'infraction résiduaire prévue au paragraphe 129(1). Une fois ce règlement dûment publié et notifié, l'inconduite de mensonge ou de fausse déclaration pourra alors être poursuivie sous le paragraphe 129(2) et non plus sous le paragraphe 129(1). Le mécanisme d'incorporation par renvoi prévu au paragraphe 129(2) permettrait ainsi de pénaliser les comportements indésirables qui sont considérés comme ayant un impact suffisamment important sur le succès de la mission.

Cette possibilité d'échange entre les inconduites qui devraient normalement être poursuivies sous le paragraphe 129(1) permettra d'assurer que les militaires sont, dans la mesure du possible, informés des comportements les mettant à risque de poursuite sous le code de discipline militaire tout en permettant de réserver l'utilisation de l'infraction résiduaire prévue au paragraphe 129(1) à des inconduites mineures qui sont imprévisibles.

Pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2001, 17% des accusations totales, soit 200 accusations, portées au procès sommaire dans l'ensemble du système de justice militaire canadien l'ont été sous le paragraphe 129(1). De ces 200 accusations, nous estimons que 16% d'entre elles, soit 34 accusations, auraient dû être portées sous l'une des infractions prévues aux

---

285. Étant donné la complexité de l'élaboration d'un tel règlement, nous avons décidé de laisser cet exercice à des autorités plus compétentes. Bien que nous ne fournissions qu'un seul exemple, ce processus pourra s'appliquer pour d'autres inconduites fréquentes ou prévisibles.

articles 73 à 128 (30 des 34 accusations)<sup>286</sup> ou sous l'article 130 (4 des 34 accusations) du code de discipline militaire<sup>287</sup>.

Nous estimons que 5% d'entre elles, soit 10 accusations, auraient dû être portées sous le paragraphe 129(2) parce que l'infraction sous-jacente contrevenait à un règlement, ordre ou directive déjà existant.

Enfin, nous estimons que 41% d'entre elles, soit 80 accusations, sont relatives à des inconduites qui sont devenues en fait des infractions d'ordre militaire (possession illégitime et emploi d'un faux document officiel) ou encore sont relatives à des comportements qui, en raison de leur prévisibilité et de leur fréquence d'utilisation dans le cadre du système de justice militaire, devraient être expressément prévus dans les règlements, ordres ou directives des Forces armées canadiennes comme, par exemple, les déclarations mensongères, et faire ainsi l'objet de poursuite sous le paragraphe 129(2)<sup>288</sup>.

---

286. Dans ces dossiers, les accusations auraient pu être portées sous les infractions d'insubordination (art. 85 LDN), d'absence sans permission (art. 90 LDN) ou d'ivresse (art. 97 LDN), d'usage non autorisé de véhicules (art. 112 LDN), de dommage, perte ou aliénation irrégulière (art. 116 LDN), de vol (art. 114 LDN), relatives aux documents (art. 125 LDN). L'utilisation du paragraphe 129(1) ne semblait donc pas nécessaire dans ces dossiers.

287. Dans 4 de ces dossiers, le paragraphe 129(1) semble avoir été utilisé pour des inconduites qui sont de la compétence exclusive de la cour martiale. En effet, nous considérons que les inconduites relatives à la fabrication de faux ou pour l'emploi de documents contrefaits au sens des art. 366, 367 et 368 du Code criminel et 125 de la LDN ne devraient pas faire l'objet de poursuite sous l'article 129. Ce type d'inconduites est de la compétence exclusive de la cour martiale. Voir l'article 108.07 des ORFC qui stipule expressément que de telles accusations ne peuvent pas être jugées par procès sommaire. *Supra* note 54.

288. Les dossiers concernant les décharges non-volontaires des armes sont fréquents, soit plus de 150 des 540 accusations analysées dans notre étude. Ces incidents ne nous semblent plus être de nature imprévisible; une directive précise quant à la marche à suivre devrait être émise et expliquée à tous les militaires. Plusieurs décharges non-volontaires surviennent lorsque le membre oublie de retirer le magazine de l'arme avant de mettre les parties vers l'arrière lorsqu'il procède aux mesures de sécurité sur son arme personnelle. Si l'arme est en bon état de fonctionnement, lorsque les parties reviendront vers l'avant, une cartouche s'engagera dans la chambre. Si le militaire appuie alors sur la gâchette, un coup sera tiré. Donc, la fréquence des décharges non-volontaires pourrait être diminuée par un rappel des procédures de sécurité prescrites dans les manuels des Forces canadiennes relatifs aux armes. Ces incidents pourront alors être poursuivis sous le paragraphe 129(2).

Ainsi, nous estimons que 38% d'entre elles, soit 74 accusations, auraient dû être poursuivies sous le paragraphe 129(1). Cela représenterait de 6% à 8% des accusations totales portées au procès sommaire dans l'ensemble des Forces armées canadiennes durant la période du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2001.

Compte tenu des problèmes de principes reliés à l'utilisation d'une telle infraction dans le cadre du système de justice militaire, nous croyons que son utilisation devrait être la plus restreinte possible. Ainsi, nous estimons que les solutions que nous proposons devraient réduire considérablement la nécessité qu'ont les Forces armées canadiennes de recourir à cette infraction. Il nous apparaît que la fréquence d'utilisation d'une infraction résiduaire à contenu indéterminé devrait être sous la barre des 10%. Ce pourcentage devrait d'ailleurs tendre à se rapprocher le plus possible du pourcentage que nous retrouvons au niveau de la cour martiale<sup>289</sup>.

## CONCLUSION

Comme nous l'avons exposé lors de la première partie de cette thèse, la discipline militaire est indispensable au succès de la mission militaire. Historiquement, le code de discipline militaire a été conçu pour être principalement un instrument de discipline. Il serait difficile de prétendre que, dans sa forme originale, le système de justice militaire pouvait être considéré comme un instrument de justice. Il s'agissait d'un instrument de discipline et non pas d'un système destiné à déterminer de l'innocence ou de la culpabilité d'un accusé en particulier<sup>290</sup>.

Les modifications législatives qui ont suivi l'arrivée de la Charte, les différentes études et les décisions judiciaires ont amené des modifications qui ont eu pour effets d'améliorer et d'augmenter l'équité procédurale et définir la séparation institutionnelle entre les diverses fonctions du système de justice militaire.

---

289. L'analyse de notre échantillon révèle que 6% des accusations portées devant la cour martiale le sont sous le paragraphe 129(1). Notons cependant que devant la cour martiale, 50% des accusations portées sous le paragraphe 129(1) le sont à titre subsidiaire.

290. D.A. Schlueter, «The twentieth annual Kenneth J. Hodson Lecture : Military justice for the 1990's – A legal system looking for respect» (1991) 133 Mil.L.Rev. 1.

Ainsi, la cour martiale prévoit des garanties procédurales similaires à celles qui régissent un tribunal civil de juridiction criminelle. Les modifications législatives de 1999 sont venues établir une séparation institutionnelle claire entre les fonctions d'enquête, de poursuite, de défense et les fonctions judiciaires du système des cours martiales.

En ce qui a trait au procès sommaire, les modifications visaient à améliorer l'équité procédurale devant ce tribunal, à limiter la compétence du procès sommaire à des infractions précises et à retirer le monopole exclusif au commandant de porter des accusations sous le régime du code de discipline militaire. Bien entendu, la façon de concevoir la discipline militaire a un impact direct sur la classification des infractions militaires. Nous remarquons que l'accent n'a que très peu été mis jusqu'à ce jour sur la révision et l'analyse des infractions d'ordre militaire.

Aussi longtemps qu'il existera une compétition entre les objectifs de promotion de la justice et du maintien de la discipline, il existera des problèmes de perspective et d'interprétation dans le domaine de la justice militaire canadienne. Si le maintien de la discipline est considéré comme étant l'objectif ultime de ce système, il y a risque que le système de justice militaire soit perçu comme l'outil nécessaire pour maintenir cette discipline et non pas comme un instrument de justice. Il existe le risque qu'en tentant de faire l'équilibre entre les besoins de justice et de discipline, la légitimité du système soit mise en doute par les personnes qui y sont assujetties<sup>291</sup>.

Ainsi, aucune restriction des droits des militaires canadiens ne devrait être justifiée à moins d'être nécessaire à la réalisation d'un objectif militaire légitime et à moins de brimer le moins possible ces droits. Un manque de respect pour les droits des militaires risque d'avoir un impact dévastateur sur la discipline que ce système entend justement promouvoir et finalement sur son objectif ultime : la défense du Canada. Il nous semble incontestable que pour prospérer, le système de justice militaire canadien contemporain doit être perçu avant tout comme un outil de justice et non pas comme un instrument de discipline.

---

291. D.A. Schlueter, *supra* note 290 à la p.12

Il apparaît donc que pour atteindre l'équilibre voulu, c'est-à-dire protéger efficacement les droits des militaires canadiens tout en tenant compte des préoccupations légitimes des Forces armées canadiennes dans la défense du Canada, il est nécessaire d'élaborer des dispositions législatives qui soient claires et précises autant que faire se peut. De telles infractions favoriseront l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire bien structuré qui sera conforme à des principes qui peuvent être facilement acceptés et compris par les justiciables du code de discipline militaire et par les personnes chargées de mettre en œuvre le système de justice militaire. Les militaires devraient connaître et comprendre les restrictions qu'on peut légalement leur imposer. Les autorités militaires, chargées de faire enquête sur les infractions militaires, de porter des accusations, de décider de la façon dont on devrait disposer des accusations à travers le système des tribunaux militaires et finalement de juger des accusations, devraient connaître leur responsabilité ainsi que la portée de leurs pouvoirs.

De plus, il y a lieu de souligner plus à fond la différence entre le domaine disciplinaire et le domaine pénal. La meilleure façon de le faire consiste à réduire la peine prévue par la disposition législative à une peine qui ne peut mettre la liberté d'un individu en danger. Pour décriminaliser le comportement, il faut donc faire disparaître les possibilités de subir des conséquences pénales.

En raison des chevauchements qui existent entre les affaires disciplinaires et pénales, il sera parfois très difficile de déterminer si une infraction militaire joue un rôle disciplinaire, pénal ou encore les deux. Le droit canadien a proposé, dans l'affaire *Wigglesworth*, des critères visant à distinguer entre le domaine disciplinaire et le domaine pénal. Or, comme nous l'avons vu, la conclusion de la majorité de la cour selon laquelle un seul et même comportement donnerait lieu à deux infractions différentes nous semble difficilement conciliable avec le fait que les tribunaux militaires s'occupent à la fois d'affaires de nature pénale et de nature disciplinaire. Rappelons que le membre qui est jugé par un tribunal militaire ne peut être jugé également par une cour criminelle ordinaire<sup>292</sup>.

---

292. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 282.



Malgré les lacunes du droit actuel à fournir des critères plus précis nous permettant de distinguer davantage entre certaines infractions d'ordre disciplinaire et d'autres d'ordre pénal, il nous semble que le militaire canadien se soumettrait plus volontiers à la sanction d'une infraction qui illustre clairement les objectifs distincts de ces deux systèmes. Le domaine disciplinaire s'intéresse davantage à réformer et à réintégrer le membre alors que le domaine pénal vise essentiellement à punir et à exclure.

Il existe une contradiction entre la nécessité d'être précis en droit pénal et le besoin de souplesse en matière disciplinaire. Les difficultés entre la dualité qui existe entre les notions de justice et de discipline dans le domaine de la justice militaire étant par ailleurs amplifiées au niveau du procès sommaire. Or, nous sommes d'avis que la nature particulière de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) de la LDN fait en sorte que l'infraction devrait se retrouver à la limite inférieure dans l'échelle de gravité de la gamme des infractions militaires. Son utilisation dans le cadre du système de justice militaire canadien devrait donc être réservée à des conduites essentiellement disciplinaires et mineures. La peine maximale qui est assignée à l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait donc refléter cette logique.

Nous croyons qu'il est très difficile de faire l'équilibre entre la discipline et la justice, les deux concepts étant dans le monde militaire inséparables. Il sera toujours problématique de soutenir que les tribunaux militaires sont à la fois des instruments de justice et de discipline. Nous sommes cependant d'opinion que le système de justice militaire devra toujours tendre à respecter les principes de justice si nous voulons qu'il continue à servir les fins de la discipline. Nous reconnaissons le bien-fondé de la remarque suivante :

If the military law system is a just system, then it will be recognized as such by the serviceman and thus it will promote and support the discipline upon which the military organization is based<sup>293</sup>.

Dans l'esprit des modifications législatives qui ont suivi l'adoption de la Charte et qui visaient à augmenter les garanties procédurales et à définir la

---

293. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123.

séparation institutionnelle entre les diverses fonctions du système de justice militaire, nous espérons que cette étude contribuera elle aussi à le rendre davantage transparent et finalement à favoriser l'efficacité opérationnelle des Forces armées canadiennes.

## ANNEXE

Voici à titre d'exemple la rédaction que pourrait prendre les infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) de la Loi sur la défense nationale.<sup>1</sup> Le paragraphe 129(2) devient l'article 129 et pourrait se lire ainsi :

- 129.** Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans quiconque contrevient à :
- a) une disposition de la présente loi sauf pour une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128, 130 et 132;
  - b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
  - c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.

Le paragraphe 129(1) devient l'article 129.1 et pourrait se lire ainsi :

**129.1** Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de rétrogradation.

Voici la forme que pourrait prendre les deux nouvelles infractions qui, à notre avis, devraient être introduites au code de discipline militaire.

### **Possession illégitime**

**114.1** (1) Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans quiconque:

- a) possède des biens non-autorisés;

---

1. Nous sommes conscients que l'introduction d'un nouvel article, la modification d'articles ainsi que l'élimination de certains paragraphes existants auraient des conséquences sur la réglementation actuelle et que nécessairement des révisions et des modifications s'imposeraient. Nous faisons ici référence plus particulièrement aux articles 108.07 et 108.17 des ORFC. Nous ne nous sommes pas soumis à cet exercice car cela n'est pas l'objet de cette étude.

- b) possède des biens en quantité supérieure à ce qui est autorisé;
- c) possède ou se sert des biens d'une façon contraire aux règlements, ordres ou directives;
- d) possède illégitimement des biens appartenant à une autre personne ou aux Forces canadiennes.

**Emploi d'un document officiel faux**

**125.1** Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de trois ans quiconque, sachant qu'un document officiel est faux :

- a) s'en sert, le traite, ou agit à son égard;
- b) fait, ou tente de faire, accomplir l'un des actes visés à l'alinéa a),  
comme si le document était authentique.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** NON-INDÉPENDANCE ET AUTONOMIE DE LA NORME D'ÉGALITÉ QUÉBÉCOISE : DES CONCEPTS « FONDATEURS » QUI MÉRITENT D'ÊTRE MIEUX CONNUS

**Auteur(s) :** David ROBITAILLE

**Revue :** RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 1

**Pages :** 103-143

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11934>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11934>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **NON-INDEPENDANCE ET AUTONOMIE DE LA NORME D'ÉGALITÉ QUÉBÉCOISE : DES CONCEPTS «FONDATEURS» QUI MÉRITENT D'ÊTRE MIEUX CONNUS\***

par David ROBITAILLE\*\*

*L'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne en est à un tournant majeur de sa courte histoire. Les années 1980 ont d'abord été celles de la doctrine, plusieurs auteurs contribuant à cette époque à dégager le sens et la portée de la norme d'égalité qu'il énonce. L'un des constats qui se dégagait alors consistait en la reconnaissance du champ normatif du droit à la non-discrimination dont l'application est limitée aux droits et libertés de la personne. Le plus haut tribunal de la province prenait acte de cet aspect de l'article 10 lorsqu'il affirmait en 1994 qu'il constituait une «modalité de particularisation» d'autres droits ou libertés. Si tous ont reconnu de façon générale ce trait caractéristique, aucun auteur, à notre connaissance, n'a présenté d'étude approfondie sur ses conséquences véritables. Il s'agit pourtant d'un aspect de l'article 10 qui en définit fondamentalement le rôle dans la Charte québécoise. Ce texte sera ainsi l'occasion de mettre en exergue la relation particulière que vit la norme d'égalité avec les autres droits et libertés consacrés dans la Charte. Nous poserons inévitablement un regard sur la nouvelle interprétation que fait la Cour d'appel de l'article 10 depuis l'arrêt Law c. Canada rendu par la Cour suprême sur l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés. Nous constaterons ainsi l'impasse dans laquelle se trouve maintenant la norme d'égalité québécoise.*

---

\*, Ce texte est issu du mémoire de maîtrise que le soussigné a déposé en décembre 2002 à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ce dernier tient à remercier son directeur de recherche, monsieur Ghislain Otis, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour sa disponibilité, sa générosité et sa bonne humeur constantes, ainsi que pour ses suggestions en vue de la présente publication. Plusieurs idées exprimées dans ce texte, dont certaines proviennent directement du professeur Otis, sont par ailleurs le fruit des discussions entre celui-ci et l'auteur dans le cadre de son cheminement à la maîtrise. L'auteur est également très reconnaissant envers la Faculté de droit de l'Université Laval qui, par l'entremise du Fonds d'enseignement et de recherche, lui a octroyé une importante bourse d'étude.

\*\*, LL.L. (Ottawa), LL.M. (Laval), doctorant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

*Section 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms has reached a turning point in its short history. The 80's were characterized by doctrinal writings in which several authors contributed to fleshing out the meaning and scope of the equality clause. One of the positions advanced and subsequently confirmed in 1994 by the highest court of the province, sets out the ambit of the right to non-discrimination, the application of which is limited to the rights and freedoms of the person. In other words, section 10 is a «form of particularization» of other rights and freedoms. Although this feature has been generally accepted, no writer, as far as we know, has made a thorough study of its actual consequences. This aspect is nevertheless essential since it defines the very role of section 10 in the Charter. The purpose of this paper is to present the particular relationship between the equality standard and the other rights and freedoms recognized by the Charter. One must inevitably take into consideration the most recent interpretation of section 10 by the Quebec Court of Appeal in light of the Supreme Court decision in Law v. Canada dealing with section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The Quebec equality clause would appear to be at an impasse*



(2004) 35 R.D.U.S.	<i>Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts «fondateurs» qui méritent d'être mieux connus</i>	105
--------------------	--	-----

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	107
<b>1. La non-indépendance de l'article 10 de la Charte : aux frontières de la norme d'égalité québécoise</b>	111
A. L'application large et libérale de la norme d'égalité pour pallier sa limitation inhérente de non-indépendance	119
B. La <i>quasi-indépendance</i> de la norme d'égalité par l'utilisation du concept de dignité en matière de discrimination	124
<b>2. L'indispensable <i>autonomie</i> de la norme d'égalité québécoise</b>	128
A. L'importance capitale de la norme <i>autonome</i> d'égalité lorsque rattachée à un droit économique ou social	131
B. L'autonomie de la norme d'égalité <i>menacée</i> par l'utilisation du concept de dignité en matière de discrimination et encore <i>mal comprise</i> par certains	136
<b>CONCLUSION</b>	142



## INTRODUCTION

En vigueur depuis 1975, la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>1</sup> consacre en son article 10 le droit à la non-discrimination de la façon suivante :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit<sup>2</sup>.

Au début des années 1980 et vers la fin de la même décennie, cette disposition a fait l'objet de plusieurs études qui visaient à en dégager le sens et la portée<sup>3</sup>. Un auteur avançait alors que l'article 10 constituait une «modalité de particularisation»<sup>4</sup> des droits et libertés de la personne. En 1994, la Cour d'appel du Québec confirmait en ces termes cette position dans l'arrêt de principe *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec* :

Lorsque l'égalité n'est qu'une modalité de particularisation d'un autre droit, il n'est pas nécessaire que sa violation constitue une négation de ce droit pour donner ouverture à un remède. Il suffit que soit établie,

---

1. L.R.Q. c. C-12 (ci-après *Charte*).

2. *Ibid.*, art. 10.

3. Voir notamment : P. Blache, «Les méandres du concept d'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne» (1986) 17 R.D.U.S. 85; P. Carignan, «L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987) 21 R.J.T. 491; M. Caron, «Les concepts d'égalité et de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville (Qc), Yvon Blais à la p. 39; D. Proulx, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative» (1980) 10 R.D.U.S. 381.

4. P. Carignan, *ibid.* à la p. 526.

dans la détermination des modalités de ce droit ou de cette liberté, une distinction incompatible avec la règle de l'égalité<sup>5</sup>.

En effet, comme la majorité des auteurs l'ont reconnu, et tel que l'indique son libellé, l'article 10 ne consacre pas un droit général à l'égalité mais plutôt le droit à l'égal reconnaissance ou exercice des *autres* droits et libertés de la personne reconnus dans la *Charte*<sup>6</sup>. Autrement dit, la norme d'égalité québécoise se trouve à faire partie intégrante<sup>7</sup> des droits et libertés de la

- 
5. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 à la p. 1243 (C.A.) (ci-après *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*). Sur ce point, voir aussi : *Habachi c. Commission des droits de la personne*, [1999] R.J.Q. 2522 aux pp. 2537 et 2538 (C.A.) (ci-après *Habachi*); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Poulin*, T.D.P.Q., Québec, 200-53-000016-001, 2001-03-14, AZ-50085390 à la p. 8 du texte intégral (ci-après *Poulin*); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bertrand*, [2001] R.J.Q. 1684 aux pp. 1690 et 1691 (T.D.P.Q.) (ci-après *Bertrand*); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et Bouffard*, T.D.P.Q., Saint-François, 450-53-000001-988, 1999-04-30, AZ-50065697 au para. 11 (ci-après *Bouffard*); H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 1073; P. Carignan, *supra* note 3 aux pp. 527 et 530; M. Caron, *supra* note 3 à la p. 52; D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 497 et s.
  6. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] C.S.C. 84 au para. 430 (J. Lebel); *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *ibid.* à la p. 1243; *Bertrand*, *ibid.* à la p. 1690; *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831 à la p. 844 (C.A.); *Rondeau c. Syndicat des employé(e)s du Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, T.D.P.Q., Montréal, 500-53-000019-941, 1995-03-29, J. Brossard; P. Blache, «Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* : convergences et divergences» (n° spécial mars 2003) R. du B. 151 à la p. 166; H. Brun et G. Tremblay, *ibid.* à la p. 1106; M. Caron, *supra*, note 3 aux pp. 42 à 44; G. Otis et C. Brunelle, «La *Charte des droits et libertés de la personne* et la tenue vestimentaire à l'école publique» (1995) 36 C. de D. 599; D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 480 et s.; D. Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles» (n° spécial mars 2003) R. du B. 485 aux pp. 516 à 518. Le champ d'application de l'article 10 est tout de même très vaste en raison de l'ampleur des droits et libertés garantis : C. Brunelle, «Les droits et libertés dans le contexte civil» dans Collection de droit 2001-02, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 53. L'article 50 de la *Charte* permettrait au surplus à l'article 10 de s'appliquer à des droits et libertés non reconnus par celle-ci : H. Brun et G. Tremblay, *ibid.* aux pp. 1106-1107; P. Carignan, *supra* note 3 à la p. 528; D. Proulx, *supra* note 3 aux pp. 486 à 488.
  7. P. Carignan, *supra* note 3 à la p. 528.

personne et renforce ou complète leur protection en y ajoutant une dimension égalitaire.

Si la jurisprudence ainsi que la doctrine québécoises ont pris acte de cette caractéristique fondamentale<sup>8</sup>, contribuant par le fait même à la compréhension de l'article 10, aucun auteur, à notre connaissance, n'a proposé d'étude approfondie sur ses contours exacts et sa portée réelle. Telle est la tâche à laquelle nous entendons nous livrer.

- 
8. *Supra* notes 5 et 6. La Cour européenne des droits de l'homme ainsi que la doctrine ont également reconnu cet aspect «fondateur» de l'article 14 de la *Convention européenne*, *infra* note 9 : *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, arrêt du 27 juin 2000 au para. 86 (ci-après *Cha'are Shalom Ve Tsedek*); *Thlimmenos c. Grèce*, arrêt du 6 avril 2000 au para. 40 (ci-après *Thlimmenos*); *Rekvenyi c. Hongrie*, arrêt du 20 mai 1999 au para. 67 (ci-après *Rekvenyi*); *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998 au para. 39 (ci-après *Botta*); *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997 au para. 33 (ci-après *Van Raalte*); *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996 au para. 36 (ci-après *Gaygusuz*); *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994 au para. 22 (ci-après *Karlheinz Schmidt*); *Inze*, arrêt du 28 octobre 1987 au para. 36 (ci-après *Inze*); *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985 au para. 71 (ci-après *Abdulaziz*); *X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985 au para. 32 (ci-après *X et Y*); *Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1984 au para. 29 (ci-après *Rasmussen*); *Van der Mussele*, arrêt du 22 novembre 1983 au para. 43 (ci-après *Van der Mussele*); *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, arrêt du 23 juillet 1968 à la p. 38 (ci-après *l'Affaire linguistique belge*); *Airey*, arrêt du 9 octobre 1979 au para. 30 (ci-après *Airey*); *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979; *Syndicat national de la police belge*, arrêt du 27 octobre 1975 au para. 44 (ci-après *Syndicat national de la police belge*); M.-A. Eissen, «L' «autonomie» de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission», dans *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968, 122 à la p. 123; J. E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 295; D. Gomien, D. Harris et L. Zwaak, *Convention européenne des Droits de l'Homme et la Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, Les Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 371; J.-P. Jacqué, «Le principe d'égalité» dans G.-A. Beaudoin, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des Journées Stratsbourgeoises, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1988, 77 à la p. 81; P. Lambert, «Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ?» (1998) *Rev. trim. dr. h.* 497; L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Economica, 1999, 478; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Presses universitaires de France, 1999, 305; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1964.

Il sera intéressant à cet égard de s'inspirer et de tirer profit de la jurisprudence à jour de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 14 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>9</sup>, signée à Rome le 4 novembre 1950 quelque 25 ans avant l'entrée en vigueur de la *Charte* québécoise<sup>10</sup>. La facture de cette disposition antidiscriminatoire européenne est loin d'être étrangère à celle de l'article 10, ce qui n'est pas étonnant puisque notre législateur s'en est inspiré dans l'adoption de la norme québécoise d'égalité<sup>11</sup>. L'article 14 prévoit ainsi que :

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec, forum spécialisé en la matière, de même que plusieurs auteurs ont d'ailleurs reconnu le lien de parenté direct qu'entretiennent les normes d'égalité québécoise et européenne<sup>12</sup>. Comme l'article 10, l'article 14 constitue donc une modalité de particularisation d'autres droits et libertés. Voilà donc l'occasion d'explicitier plus en détails les

---

9. (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5 (ci-après *Convention*).

10. Les auteurs W. A. Schabas et D. Turp, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés : notes et documents*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p. 195, affirment en effet que «[...] la jurisprudence de [...] la Cour européenne des droits de l'homme est d'un intérêt très particulier pour les juristes canadiens et québécois».

11. *Ibid.*

12. Bertrand, *supra* note 5 à la p. 1690; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Quévillon*, [1999] J.L. 193 à la p. 197 (T.D.P.Q.) (ci-après *Quévillon*); *Commission des droits de la personne c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511 à la p. 527 (T.D.P.Q.) (ci-après *Villa Plaisance*); *Commission des droits de la personne du Québec c. Immeubles Ni/Dia*, [1992] R.J.Q. 2977 à la p. 2984 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003 à la p. 3025 (T.D.P.Q.); P. Blache, *supra* note 3 à la p. 110; P. Carignan, *supra* note 3 à la p. 527; M. Caron, «Le droit international des droits de la personne : son application au Québec par la Commission et le Tribunal des droits de la personne» (1989-1990) 6 R.Q.D.I. 104 à la p. 108; M. Caron, *supra* note 3 à la p. 43; D. Proulx, «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford» (1990) 24 R.J.T. 375 aux pp. 393 et 394; D. Proulx, *supra* note 3 aux pp. 499 et 500.

conséquences pratiques de cette réalité commune aux normes *non-indépendantes* mais *autonomes* d'égalité québécoise et européenne.

Notre cheminement nous mènera inévitablement à l'analyse de la jurisprudence récente de la Cour d'appel sur l'article 10, laquelle s'inspire largement des développements dont a fait l'objet l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui ont fait de la dignité humaine le cœur de la garantie constitutionnelle d'égalité. Nous constaterons que la voie empruntée par la Cour suprême ainsi que par la Cour d'appel n'est pas sans créer des difficultés d'interprétation d'une importance telle que le sens de l'article 10 dans la *Charte* en est désormais compromis.

### **1. La non-indépendance de l'article 10 de la *Charte* : aux frontières de la norme d'égalité québécoise**

En raison de son champ d'application limité, le droit à la non-discrimination ne peut servir de base unique à un recours et doit nécessairement être invoqué en combinaison ou en corrélation avec un autre droit ou liberté de la personne<sup>13</sup>. Les propos de l'auteur Marc Bossuyt, qui exprime très bien cette réalité en ce qui concerne l'article 14 de la *Convention* européenne, s'appliquent sans réserve à l'article 10 de la *Charte* :

La discrimination est interdite pour *tous les droits* mais elle ne l'est pas, quand elle touche des intérêts non protégés par le droit. Même un traitement discriminatoire dont le motif est généralement condamné (tel la race) ne peut être juridiquement interdit, si ce traitement ne concerne pas un droit subjectif reconnu. [...] Il y a complète simultanéité entre l'octroi de protection juridique à un certain intérêt et l'interdiction de tout traitement arbitraire dans la jouissance de cet intérêt. La discrimination devient interdite au moment même où l'intérêt reçoit la protection de la loi. Le caractère juridique de l'intérêt en jeu apparaît ainsi comme la condition d'applicabilité de la règle de non-discrimination.<sup>14</sup>

---

13. Bertrand, *supra* note 5 à la p. 1690; Bouffard, *supra* note 5 au para. 11; Quévillon, *ibid.* à la p. 197.

14. M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1976 aux pp. 74 et 75. Voir également : G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Éditions Presses

Autrement dit, la norme d'égalité québécoise n'est donc pas susceptible d'*application indépendante*<sup>15</sup>. S'il y a unanimité de principe à cet égard, tant en jurisprudence qu'en doctrine, on parle toutefois généralement d'absence «d'autonomie»<sup>16</sup> pour illustrer cette caractéristique du droit à la non-discrimination. Ainsi, comme la *Charte* «ne le reconnaît qu'à l'égard des droits et libertés de la personne [...] [il] n'est pas envisagé comme un droit autonome [...]».<sup>17</sup> La Cour européenne des droits de l'homme fait cependant clairement la distinction entre l'absence d'application indépendante de l'article 14 et sa portée autonome.<sup>18</sup> Au Québec, le professeur Daniel Proulx est

---

Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1989 aux pp. 538 et 539; D. Gomien, D. Harris et L. Zwaak, *supra* note 8 aux pp. 371 et 372; M.-A. Eissen, *supra* note 8 à la p. 123; J.E.S. Fawcett, *supra* note 8 à la p. 295; M. Levinet, «La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droits de l'homme» dans J.-Y. Morin et G. Otis, dir., *Les défis des droits fondamentaux*, Actes des deuxièmes Journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2000, 95 à la p. 116; L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *supra* note 8 à la p. 478; F. Sudre, *supra* note 8 à la p. 305; F. Sudre, «La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis de l'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*» (1997) Rev. fr. dr. adm. 966, à la p. 968.

15. *Villa Plaisance*, *supra* note 12 à la p. 527; D. Proulx, *supra* note 3 aux pp. 488 et 489.
16. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 6 aux para. 429 et 430 (J. Lebel); *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 au para. 129 (C.A.); *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1298 à la p. 1306 (C.A.) (ci-après *Gosselin*); *Habachi*, *supra* note 5 à la p. 2537; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 à la p. 1243; *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra* note 6 à la p. 844; *Godin c. Société de l'assurance automobile du Québec*, C.S., Montréal, 500-05-051339-990, 2000-05-16; *Poulin*, *supra* note 5 à la p. 8 du texte intégral; *Bouffard*, *supra* note 5 au para. 11; *Quévillon*, *supra* note 12 à la p. 197; H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 5 à la p. 1106; P. Carignan, *supra* note 3 à la p. 527; L. Martineau, «Le statut d'emploi peut-il constituer un motif de distinction illicite en vertu du paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne et de l'article 10 de la Charte québécoise ?» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1994)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 127 à la p. 140; H. Tessier, «Les articles 12 et 13 de la Charte, ces méconnus : quand le droit privé rencontre le droit public», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 119 à la p. 122.
17. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 à la p. 1243.
18. Voir la jurisprudence à laquelle il est fait référence à la note 8. La Cour européenne ainsi que la doctrine parlent d'absence «d'existence» indépendante de l'article 14. Il s'agit d'un terme qui, à notre avis, n'exprime pas de façon rigoureusement exacte cette particularité des



pratiquement le seul<sup>19</sup> à faire cette distinction qui n'est pas sans importance puisqu'il s'agit de deux aspects différents de l'application de l'article 10<sup>20</sup>.

L'absence d'application indépendante de la norme d'égalité québécoise engendre des conséquences pratiques importantes. Elles sont au nombre de trois. Premièrement, comme nous l'avons vu, elle ne peut être invoquée seule sans rattachement à une autre disposition, si bien que lorsque aucun autre droit ou liberté n'est *a priori* applicable, elle ne peut tout simplement pas entrer en jeu aussi moralement condamnable que puisse être une distinction<sup>21</sup>.

Deuxièmement, lorsqu'il y a violation en soi d'un droit ou d'une liberté, il n'est pas nécessaire pour le tribunal d'analyser le litige sous un angle égalitaire, du moins techniquement<sup>22</sup>. Comme il y a déjà violation du droit invoqué à titre principal, la constatation d'une discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice de celui-ci est susceptible d'être considérée comme

---

normes d'égalité québécoise et européenne. Le droit à l'égalité possède une existence propre et distincte des autres droits. Il ne peut cependant s'appliquer seul ou de façon indépendante, c'est-à-dire sans rattachement à l'un de ces droits.

19. Mise à part l'Honorable Michèle Rivet du Tribunal des droits de la personne dans la décision *Villa Plaisance*, *supra* note 12 à la p. 527. Madame la juge a toutefois abandonné cette expression pour utiliser plutôt le mot «autonome» comme le démontre les décisions récentes *Bouffard*, *supra* note 5 au para. 11 et *Quévillon*, *supra* note 12 à la p. 197.

20. D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 489 (note 357); D. Proulx, *supra* note 6 à la p. 518.

21. *Morand c. Québec (Procureur général)*, C.A., Montréal, 500-09-001436-914, 2000-10-03, AZ-50079307 au para. 7; *Lavigne c. Québec (Attorney General)*, C.S., Montréal, 500-05-056434-002, 2000-12-14, AZ-50081709 (ci-après *Lavigne*); *Syndicat étudiant du cégep Marie-Victorin c. Collège d'enseignement général et professionnel Marie-Victorin*, C.S., Montréal, 500-05-050773-991, 2000-05-04, AZ-00021577 (ci-après *Collège Marie-Victorin*); *Compagnie d'assurance Guardian du Canada c. Leblanc*, [1999] R.R.A. 670, 678 à 680 (C.S.); *Wagner c. I.N.G., Le groupe Commerce, compagnie d'assurance*, [2001] R.R.A. 531, 533 (C.Q.) (ci-après *Wagner*); D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 489. Pour l'article 14 de la *Convention* voir : *Botta*, *supra* note 8 au para. 39.

22. Bien entendu, la discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit est autant déplorable que la violation même ou isolée de ce droit. Cependant, dans une perspective strictement juridique ou technique, fondée sur la dépendance de l'article 10 aux autres dispositions de la *Charte*, il n'est pas *absolument nécessaire* pour un tribunal qui a déjà constaté une atteinte à un autre droit de vérifier si le plaignant a aussi été victime de discrimination dans son exercice.

une circonstance aggravante<sup>23</sup> et la norme d'égalité ne joue alors qu'un rôle subsidiaire<sup>24</sup>. L'atteinte même d'un droit ou d'une liberté pourra d'ailleurs emporter, dans certains cas,<sup>25</sup> celle de la norme d'égalité<sup>26</sup> puisque la personne ainsi privée du droit en question est susceptible de subir, par le fait même, une distinction par rapport aux personnes dont les droits sont respectés.

C'était le cas dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)* de la Cour suprême.<sup>27</sup> Il s'agissait dans cette affaire de savoir si les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* du Québec respectaient la liberté d'expression protégée par l'article 3 de la *Charte* québécoise.<sup>28</sup> La Cour devait également déterminer si ces dispositions contrevenaient au droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté d'expression, contrairement aux articles 3 et 10 de la *Charte*. Après avoir conclu que la liberté d'expression comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix et qu'elle ne se limite pas à l'expression politique mais englobe aussi l'expression commerciale, la Cour a jugé que les articles 58 et 69 portaient atteinte de façon injustifiable à l'article 3.<sup>29</sup>

---

23. La dimension égalitaire d'un recours peut toutefois s'avérer fort importante pour le demandeur en vertu de l'article 10 de la *Charte*. En effet, en invoquant qu'il est victime non seulement d'une violation d'un droit ou d'une liberté, mais aussi de discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice de ce droit, il peut porter plainte devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Mentionnons enfin qu'en vertu du paragraphe 134(1) et de l'alinéa 136(1) de la *Charte*, la discrimination constitue une infraction, son auteur pouvant d'ailleurs faire l'objet d'une poursuite pénale par la Commission.

24. J.-P. Jacqué, *supra* note 8 à la p. 82.

25. Encore faut-il que la distinction soit fondée sur un motif énuméré.

26. M. Bossuyt, *supra* note 14 à la p. 232.

27. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 (ci-après *Ford*). Pour des exemples en vertu de l'article 14 de la *Convention*, voir : *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, arrêt du 23 novembre 2000; *Kiliç c. Turquie*, arrêt du 28 mars 2000; *Beyeler c. Italie*, arrêt du 5 janvier 2000; *Willie c. Liechtenstein*, arrêt du 28 octobre 1999; *Arslan c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999; *Okçuoglu c. Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999; *Chassagnou et autres c. France*, arrêt du 29 avril 1999; *Yasa c. Turquie*, arrêt du 2 septembre 1998; *Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994; *X et Y*, *supra* note 8; *Airey*, *supra* note 8.

28. *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11. Les articles 58 et 69 exigeaient que l'affichage public et la publicité commerciale se fassent seulement en français et que seule soit utilisée, par une compagnie, sa raison sociale en français. L'article 3 de la *Charte* énonce quant à lui que : «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles [...] la liberté d'expression [...]».

29. *Ford*, *supra* note 27 à la p. 767.

Étant donné ce constat de violation *injustifiée* de la liberté d'expression, il n'était alors plus nécessaire pour le plus haut tribunal du pays de vérifier si dans l'exercice de cette liberté il y avait eu discrimination.<sup>30</sup> S'agissant toutefois d'un aspect important du litige, la Cour suprême, comme le fait d'ailleurs la Cour européenne,<sup>31</sup> décida tout de même de répondre à cette question,<sup>32</sup> se montrant ainsi soucieuse d'accorder au principe d'égalité la place centrale qui lui revient dans la *Charte*.<sup>33</sup> Mais comme on pouvait s'y attendre, la violation de la liberté d'expression, liée à l'expression linguistique, emportait aussi la violation du droit à l'exercice de cette liberté sans discrimination fondée sur la langue :

Le droit ou la liberté de la personne en cause est la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix qui [...] est reconnue par l'art. 3 de la *Charte* québécoise. En l'espèce, la restriction imposée à ce droit n'était pas justifiable en vertu de l'article 9.1 de la *Charte* québécoise. La distinction fondée sur la langue usuelle créée par l'art. 58 de la *Charte de la langue française* a donc pour effet de détruire le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de cette liberté.<sup>34</sup>

Il existe une troisième conséquence pratique de l'absence d'application indépendante de la norme d'égalité québécoise. Il s'agit du cas où il y a effectivement violation d'un droit ou d'une liberté de la personne mais que celle-ci est *justifiée*. Dans ce contexte, l'analyse d'une atteinte au droit à l'égalité est à notre avis impossible. En effet, comme l'application de l'article 10 est intrinsèquement dépendante de celle d'une autre disposition, la violation justifiée de cette dernière a nécessairement pour effet d'empêcher l'entrée en scène de la norme d'égalité. Une personne dont la restriction à la reconnaissance

---

30. C'est d'ailleurs le constat que tire la Cour, *supra* note 27 à la p.781 : «Compte tenu de la conclusion qui précède, il n'est pas nécessaire en l'espèce que la Cour se prononce sur l'argument des intimées suivant lequel les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* sont inopérants parce qu'ils violent la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.»

31. *Airey*, *supra* note 8 au para. 30 et *X et Y*, *supra* note 8 au para. 32.

32. *Ford*, *supra* note 27 à la p. 781.

33. Voir, à propos de l'article 14 : J.-F. Flauss, «Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme», dans *Pouvoir et libertés - Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Les Éditions Bruylant, 1998, 415 à la p. 416.

34. *Ford*, *supra* note 27 à la p. 787.

ou l'exercice d'un droit a été jugée justifiée ne peut tout simplement pas se plaindre de discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice de ce droit si cette dernière allégation repose sur les mêmes faits ou circonstances.<sup>35</sup>

Ainsi, dans l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*,<sup>36</sup> la Cour suprême devait déterminer si les articles 52 et 57 de la *Charte de la langue française* respectaient la liberté d'expression garantie par l'article 3 de la *Charte québécoise*.<sup>37</sup> L'article 52 prévoyait que les catalogues, les brochures, les dépliants et toute autre publication de même nature devaient être rédigés en français. Pour sa part, l'article 57 énonçait la même règle en ce qui concerne les formulaires de demande d'emploi, les bons de commande, les factures, les reçus et les quittances. Cependant, en vertu de l'article 89, lorsque l'usage exclusif du français n'était pas exigé par une disposition de la loi (c'était le cas des articles 52 et 57), il était aussi permis d'utiliser une autre langue.

À la lumière de l'arrêt *Ford*, la Cour a conclu que cette restriction à la liberté d'expression portait atteinte à l'article 3.<sup>38</sup> En revanche, dans la mesure où les articles 52 et 57 permettaient l'usage concurrent d'une autre langue, cette violation était justifiée en vertu de l'article 9.1 de la *Charte*.<sup>39</sup> Par conséquent, comme l'article 10 ne possède pas d'application indépendante, la justification de la violation de l'article 3 rendait impossible l'analyse d'une atteinte à la norme d'égalité. C'est, selon nous, ce que la Cour suprême a voulu expliquer en ces termes :

Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'article 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de

---

35. *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 à la p. 818 (ci-après *Devine*) et *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2002] R.J.Q. 906 aux pp. 922 et 923 (C.A.) (J. Morin) (ci-après *Amselem*). Pour l'article 14 de la *Convention*, voir : *Revényi*, *supra* note 8 au para. 68; *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 2001 au para. 129; *Coster c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 2001 au para. 141 (ci-après *Coster*).

36. *Supra* note 35.

37. *Charte de la langue française*, *supra* note 28.

38. *Devine*, *supra* note 35 à la p. 813.

39. *Ibid.*

limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression.<sup>40</sup>

En effet, comme le traitement égalitaire ne peut être revendiqué qu'à l'égard de la reconnaissance ou l'exercice de la liberté d'expression, il en résulte qu'une restriction justifiée selon l'article 9.1 à la reconnaissance ou l'exercice même de cette liberté empêche logiquement la revendication du droit à la non-discrimination.<sup>41</sup>

Voilà donc les trois grandes conséquences qu'emporte l'absence d'application indépendante de la norme d'égalité québécoise lorsque celle-ci, il importe de le préciser, est invoquée en corrélation avec un droit ou une liberté fondamental,<sup>42</sup> un droit politique,<sup>43</sup> un droit judiciaire ou un droit économique, social ou culturel.<sup>44</sup>

Tel n'est pas le cas, en effet, lorsque la discrimination se pratique dans l'un des domaines d'activités protégés aux articles 11 à 18 ou l'article 19. Ces dernières dispositions se trouvent au Chapitre 1.1 de la *Charte*, lui-même compris dans la Partie I intitulée «Les *droits et libertés* de la personne».<sup>45</sup> Elles ne consacrent cependant, en elles-mêmes, aucun droit distinct du droit à l'égalité.<sup>46</sup> Elles visent plutôt à indiquer que dans certains domaines spécifiques d'activités comme la publicité,<sup>47</sup> la formation et le contenu d'actes juridiques,<sup>48</sup>

---

40. *Ibid.* à la p. 818.

41. Voir aussi : *Amselem*, *supra* note 35 aux pp. 922 et 923 (J. Morin).

42. *Charte*, *supra* note 1 aux art. 1 à 9.

43. *Ibid.* aux art. 21 et 22.

44. *Ibid.* aux art. 23 à 38 et 39 à 48.

45. Nos italiques.

46. H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 5 à la p. 1107; D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 481.

47. *Charte*, *supra* note 1 à l'art. 11.

48. *Ibid.* aux art. 12 et 13.

l'accès à des lieux publics<sup>49</sup> et en matière d'emploi,<sup>50</sup> la discrimination telle que définie à l'article 10<sup>51</sup> est interdite.<sup>52</sup>

Les articles 11 à 18 et l'article 19 sont par conséquent intrinsèquement liés à la norme d'égalité et ne peuvent être invoqués seuls, c'est-à-dire indépendamment de celle-ci.<sup>53</sup> En effet, comme ils n'énoncent pas de droits en soi, ils doivent nécessairement s'appliquer en interaction avec l'article 10 et en constituent donc une contextualisation.<sup>54</sup> Chacun a ainsi le droit, par exemple, de ne pas faire l'objet d'une distinction, exclusion ou préférence, fondée sur un

49. *Ibid.* à l'art. 15.

50. *Ibid.* aux art. 16, 17, 18 et 19.

51. *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57*, [1996] R.J.Q. 1850 à la p. 1859 (C.S.) (ci-après *Tremblay*), infirmé par *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Tremblay*, [2000] R.J.Q. 1098 (C.A.), mais pour d'autres raisons. La Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel : *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57*, 2002 CSC 44, J.E. 2002-813. En première instance, la Cour supérieure avait limité ses motifs aux articles 13, 16 et 19, mais, à notre avis, le même raisonnement s'applique aux articles 11, 12, 15, 17 et 18 de la *Charte*. Voir aussi : *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra* note 6 à la p. 839; *Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Mérici*, [1990] R.J.Q. 604 à la p. 607 (C.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Nicolet (Ville de)*, T.D.P.Q., Trois-Rivières, 400-53-000001-009, 2001-07-25, AZ-50099107 aux para. 65 et 66; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Institut Demers Inc.*, [1999] R.J.Q. 3101 à la p. 3109 (T.D.P.Q.); D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 481.

52. L'article 12 énonce par exemple que : «**[Discrimination dans la formation d'acte juridique]** Nul ne peut, *par discrimination*, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public». (nos italiques)

53. Les articles 18.1 et 18.2 ne font pas référence à la «discrimination» que définit l'article 10. Il s'ensuit que ces deux dispositions sont susceptibles de s'appliquer seules, indépendamment de la norme d'égalité. Le libellé des articles en question appui d'ailleurs ce constat : «**[Renseignements relatifs à un emploi]** 18.1. Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.» «**[Culpabilité à une infraction]** 18.2. Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.». Les articles 18.1 et 18.2 interdisent ainsi carrément certains comportements qui ne sont justifiables qu'aux conditions prévues.

54. Voir H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 5 à la p. 1107.

motif énuméré qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité dans l'accessibilité à un lieu public.<sup>55</sup>

Or, comme on peut le constater, il ne s'agit plus de vérifier dans la reconnaissance ou l'exercice de quel *droit* ou *liberté* il y a discrimination, mais bien dans quel *domaine d'activités*. L'article 10, lorsque combiné à l'un des articles 11 à 18 ou l'article 19, constitue par conséquent une norme d'égalité *indépendante* des autres droits et libertés de la personne. Un lien entre le droit à l'égalité et un domaine d'activités protégé par la *Charte* est ainsi suffisant<sup>56</sup> et il n'est pas nécessaire d'identifier, en plus, un droit ou une liberté de la personne dans lequel se pratique la distinction.<sup>57</sup>

#### **A. L'application large et libérale de la norme d'égalité pour pallier sa limitation inhérente de non-indépendance**

Sous réserve de ce qui vient d'être dit au sujet des articles 11 à 18 et 19, un lien doit donc nécessairement unir l'article 10 à un autre droit ou liberté de la personne pour qu'il puisse s'appliquer. Mais quelle doit en être l'intensité ? Doit-il s'agir d'un lien étroit ou plus large ? En ce qui concerne l'article 14 de la *Convention*, un auteur avance que la discrimination alléguée doit concerner des droits «ayant un lien étroit avec un de ceux expressément reconnus dans la Convention [...]».<sup>58</sup> Il s'agit là, cependant, d'une interprétation stricte que n'ont retenue ni la Cour européenne ni la Cour d'appel du Québec.

La Cour européenne interprète en effet de façon large et libérale le lien devant unir l'article 14 à un droit ou une liberté reconnu dans la *Convention*. Il suffit ainsi que les faits du litige tombent sous *l'empire*, dans le *domaine*, le *cadre* ou les *modalités* d'au moins une disposition de la *Convention* pour paver

---

55. *Charte*, *supra* note 1 aux art. 10 et 15.

56. Les propos suivants du professeur Proulx semblent indiquer qu'il est également de cette opinion : «Il faut [...] pour conclure à discrimination ou inégalité, rattacher une distinction fondée sur un motif discriminatoire à un droit, liberté ou domaine d'activité reconnu par la *Charte* [...]» (Nous soulignons) : D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 489.

57. Les professeurs Brun et Tremblay ne partagent pas ce raisonnement et semblent plutôt d'avis que l'application de l'article 10, même dans ce contexte, implique l'identification d'un autre droit ou liberté : H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 5 à la p. 1107.

58. P. Lambert, *supra* note 8 à la p. 501.

la voie à l'application de l'article 14.<sup>59</sup> Il en est de même pour l'article 10 de la *Charte*, tel que le reconnaissait la Cour d'appel en 1994 dans l'arrêt *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*.<sup>60</sup> Un rapport étroit entre l'allégation de discrimination et ce qui est impliqué par une autre disposition n'est donc pas nécessaire,<sup>61</sup> comme le démontre l'analyse de certains arrêts de principe rendus par la Cour européenne dont il convient de prendre connaissance. Cela aura l'avantage d'illustrer comment le concept théorique invoqué ci-avant s'incarne dans la pratique par sa mise en application jurisprudentielle.

Dans l'affaire *Syndicat national de la police belge*,<sup>62</sup> par exemple, le syndicat requérant contestait, sur la base des articles 11 (droit d'association)<sup>63</sup> et 14 de la *Convention*, la validité de dispositions législatives qui accordaient à certains syndicats le droit d'être consultés par l'État et le refusaient à d'autres selon les critères établis.

La Cour a conclu que le droit d'association du requérant avait été respecté par l'État belge dans la mesure où ce dernier n'avait pas empêché le syndicat

---

59. *Thlimmenos*, *supra* note 8 au para. 40; *Botta*, *supra* note 8 au para. 39; *Van Raalte*, *supra* note 8 au para. 33; *Gaygusuz*, *supra* note 8 au para. 36; *Karlheinz Schmidt*, *supra* note 8 au para. 22; *Inze*, *supra* note 8 au para. 36; *Abdulaziz*, *supra* note 8 au para. 71; *Rasmussen*, *supra* note 8 au para. 29; *Van der Mussele*, *supra* note 8 au para. 43; *Syndicat national de la police belge*, *supra* note 8 au para. 45.

60. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 à la 1243. Voir aussi : *Poulin*, *supra* note 5 à la p. 8 du texte intégral; *Bertrand*, *supra* note 5 aux pp. 1690 et 1691; P. Bosset, «Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise ?» (1996) 75 R. du B. Can. 583 aux pp. 592 et 593; H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 5 à la p. 1106; P. Carignan, *supra* note 3 aux pp. 527 et 530; M. Caron, *supra* note 3 à la p. 52; D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 497 et s.

61. J.-P. Jacqué, *supra* note 8 à la p. 82; G. Cohen-Jonathan, *supra* note 14 aux pp. 538 et 539; M. Levinet, *supra* note 14 aux pp. 116 et 117; L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *supra* note 8 à la p. 479. On pourrait penser qu'une telle application des normes québécoise et européenne d'égalité va à l'encontre du libellé des articles 10 de la *Charte* et 14 de la *Convention*, dénaturant ainsi ce que le législateur avait prévu en limitant leur application aux autres droits et libertés. Il s'agirait toutefois, selon nous, d'une approche réductrice de l'applicabilité et du rôle de la norme d'égalité dans la *Charte* ou la *Convention* que n'ont heureusement retenu ni la Cour européenne ni la Cour d'appel du Québec.

62. *Supra* note 8.

63. Le premier alinéa de l'article 11 prévoit que : «Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.»



exclu de la procédure de consultation d'être entendu, d'exprimer ses idées et de faire valoir ses intérêts par d'autres moyens. Autrement dit, l'article 11 protège le droit d'être entendu mais ne garantit pas les moyens particuliers par lesquels un syndicat peut effectivement exercer le droit qu'il énonce.<sup>64</sup>

Si l'article 11 n'assure pas le droit d'être directement consulté par l'État selon une procédure mise de l'avant par une loi, il n'en demeure pas moins que la consultation constitue une façon d'exercer le droit d'association consacré et, par le fait même, en est une *modalité*, ce qu'a d'ailleurs constaté la Cour avec raison.<sup>65</sup> L'article 14 se trouvait dès lors applicable.<sup>66</sup>

L'arrêt *Petrovic c. Autriche* illustre aussi très bien la souplesse interprétative ou le dynamisme de la Cour européenne dans l'application de l'article 14.<sup>67</sup> Dans cette affaire, le requérant contestait, en vertu des articles 8 (respect de la vie privée et familiale)<sup>68</sup> et 14 de la *Convention*, la décision d'une instance administrative autrichienne qui avait refusé sa demande d'allocation pour congé parental au motif que la loi prévoyait que seules les *mères* pouvaient en bénéficier.<sup>69</sup>

N'imposant à l'État que l'obligation dite «négative»<sup>70</sup> de respecter la vie privée et familiale de ses ressortissants et ne l'obligeant pas à mettre en place des mesures destinées à faciliter l'exercice du droit qu'il consacre, l'article 8 n'avait pas été violé dans les circonstances.

Cependant, dans la mesure où le versement d'une allocation visait à favoriser la vie familiale, la mesure adoptée par l'État avait une *incidence* sur l'organisation de celle-ci et, donc, sur la jouissance du droit énoncé à l'article 8.

---

64. *Syndicat national de la police belge*, *supra* note 8 aux para. 38 à 40.

65. *Ibid.* au para. 45.

66. En l'espèce, toutefois, la Cour a jugé que la distinction subie par le syndicat requérant était justifiée dans les circonstances : *Ibid.* au para. 48.

67. *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998.

68. Le premier paragraphe de l'article 8 énonce que : «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.»

69. *Petrovic c. Autriche*, *supra* note 67 au para. 9.

70. Par opposition aux obligations dites «positives» qui nécessitent une intervention de l'État et la mise en place de mesures destinées à en assurer le respect.

La Cour a jugé ce lien suffisant et analysa la question de savoir si le requérant avait été victime de discrimination dans la jouissance du droit au respect de sa vie familiale.<sup>71</sup>

En jugeant applicable l'article 8 alors que les faits en litige n'avaient qu'une *incidence* sur le droit qu'il consacre, la Cour a fait preuve d'une grande souplesse. Un lien plus étroit aurait cependant pu être établi avec cette dernière disposition en faisant valoir que la loi avait plus qu'une simple incidence sur le droit protégé dès lors qu'elle pénalisait le choix personnel qu'avait fait monsieur Petrovic de demeurer à la maison afin de pourvoir aux soins de son enfant, une décision qui se trouve au cœur de la vie familiale.

Il importe de remarquer ici qu'en dépit de la libéralité qu'elle démontre, la Cour européenne demeure nécessairement limitée par le libellé clair de l'article 14 qui ne consacre l'égalité, au risque de le répéter, que dans la jouissance d'un autre droit ou liberté.<sup>72</sup>

---

71. *Petrovic c. Autriche*, *supra* note 67 au para. 27 et s. En l'espèce, il n'y pas eu violation de ces articles puisque la différence de traitement était justifiée.

72. Certains auteurs sont toutefois d'avis que «poussée à l'extrême», la souplesse que démontre la Cour européenne dans l'application de l'article 14 est susceptible de l'ériger en norme d'égalité quasi-indépendante (J.-F. Flauss, *supra* note 33 aux pp. 416 et 417; P. Lambert, *supra* note 8 à la p. 501; M. Levinet, *supra* note 14 à la p. 117; F. Sudre, *supra* note 14 aux pp. 973 à 976; F. Sudre, «La perméabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux», dans *Pouvoir et libertés - Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Les Éditions Bruylant, 1998 aux pp. 474 à 478; F. Sudre, «La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme», dans *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Les Éditions Bruylant, 1999, 103 à la p. 121 et s.; F. Sudre, *supra* note 8 à la p. 306). Ces auteurs avancent plus particulièrement que la Cour procède parfois à l'analyse d'un litige sous un angle égalitaire alors qu'aucune disposition de la *Convention* autre que l'article 14 n'était susceptible de s'appliquer en corrélation avec ce dernier. La Cour aurait dès lors implicitement élargi le champ d'application de l'article 14 à des droits ou libertés non garantis par la *Convention*. La problématique ainsi soulevée relève toutefois avec égards d'une interprétation stricte de certains droits ou libertés consacrés dans la *Convention* qui ne correspond pas avec le sens et la portée que la Cour européenne donne à ces dispositions qui, par ailleurs, étaient invoqués en combinaison avec l'article 14 dans les décisions sur lesquelles s'appuient les auteurs (voir : *Van Raalte*, *supra* note 8; *Gaygusuz*, *supra* note 8; *Schuler-Zraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993). La Cour n'a donc jamais ni implicitement, ni explicitement remise en question la non-indépendance de la norme européenne d'égalité. Pour une analyse détaillée des arrêts précités, voir : D. Robitaille, *L'interaction entre l'article 10 de la Charte*

Les participants au 7<sup>e</sup> *Colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme*, tenu à Copenhague, Oslo et Lund du 30 mai au 2 juin 1990, reconnaissaient d'ailleurs les faibles possibilités de développement jurisprudentiel quant à l'application éventuelle de l'article 14 au-delà des droits et libertés reconnus dans la *Convention*.<sup>73</sup> Voilà probablement pourquoi le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adoptait en 2000 le *Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*,<sup>74</sup> destiné essentiellement à pallier la limite inhérente de non-indépendance de la norme d'égalité européenne.<sup>75</sup> L'article 1 du *Protocole n° 12* prévoit en effet la création d'une norme égalitaire générale, applicable à toute distinction dans la jouissance de tout droit découlant non seulement de la *Convention* mais de la loi en général, notamment des différentes législations nationales européennes<sup>76</sup> :

#### **Article 1 – Interdiction générale de la discrimination**

La jouissance de *tout droit prévu par la loi* doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

---

*québécoise et les autres droits et libertés de la personne : l'influence de la Convention européenne et de la Charte canadienne*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2002 aux pp. 34 à 42.

73. Voir : CONSEIL DE L'EUROPE, *Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, *Rapport explicatif* au para. 3 (ci-après *Rapport explicatif*), document obtenu sur le site Internet du Conseil à l'adresse suivante : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm>.

74. STE n° : 177 (ci-après *Protocole n° 12*).

75. Voir : CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention européenne des Droits de l'Homme : une meilleure protection contre la discrimination*, document obtenu à l'adresse Internet suivante : [http://press.coe.int/cp/2000/473f\(2000\).htm](http://press.coe.int/cp/2000/473f(2000).htm).

76. *Rapport explicatif*, *supra* note 73 au para. 22. Il importe de préciser que l'article 1 n'est pas destiné à remplacer l'article 14 mais s'ajoute à celui-ci : *Rapport explicatif*, *supra* note 73 au para. 33. Les deux garanties sont en effet complémentaires; l'article 14 continuera donc toujours de s'appliquer et, pour les États qui ne ratifieront pas le *Protocole n° 12*, demeurera la seule norme égalitaire que pourront invoquer les justiciables.

Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.

(nos italiques)

L'adoption de ce Protocole constitue un effort salulaire en vue d'atteindre l'idéal que représente l'élimination de *toute* discrimination. Cela dit, il n'en demeure pas moins que ce document, ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 2000, n'entrera en vigueur qu'après ratification de 10 d'entre eux.<sup>77</sup> À l'heure actuelle, seulement 3 pays signataires sur 30 l'ont ratifié, soit la Croatie (3 février 2003), Chypre (30 avril 2002) et la Géorgie (15 juin 2001) à l'exception notable de la France et du Royaume-Uni.<sup>78</sup> Certains États membres du Conseil de l'Europe ne semblent donc pas prêts à soumettre leurs législations nationales respectives à une norme générale d'égalité dont il est à souhaiter que la Cour européenne assurera, un jour, le respect.

## **B. La quasi-indépendance de la norme d'égalité par l'utilisation du concept de dignité en matière de discrimination**

Contrairement à l'article 14 de la *Convention*, l'article 10 de la *Charte* a fait l'objet de développements jurisprudentiels récents qui permettent de croire à un élargissement potentiel de l'application de la norme d'égalité au-delà de sa limite inhérente de non-indépendance.

S'inspirant directement du célèbre arrêt *Law c. Canada*,<sup>79</sup> par lequel la Cour suprême définissait le «nouveau» cadre d'analyse de l'article 15 de la *Charte* canadienne, la Cour d'appel du Québec exige maintenant que le demandeur en vertu de l'article 10 de la *Charte* québécoise démontre que la distinction subie porte atteinte à sa dignité humaine.<sup>80</sup> Ainsi, la preuve d'une

77. *Protocole n° 12*, supra note 74 à l'art. 5.

78. Voir l'état des signatures et ratifications du *Protocole n° 12* à l'adresse Internet suivante : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/searchsig.asp?NT=177&CM=&DF=>.

79. [1999] 1 R.C.S. 497.

80. *Amselem*, supra note 35; *Québec (Procureur général) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 à la p. 610 (C.A.); *Johnson c. Commission scolaire Lester B. Pearson/Lester B. Pearson School Board*, [2000] R.J.Q. 1961 aux pp. 1970 et 1971 (C.A.) (ci-après *Commission scolaire Lester B. Pearson*). Les tribunaux inférieurs suivent également ce courant jurisprudentiel :

distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne ou d'un domaine protégé d'activités n'est désormais plus suffisante.<sup>81</sup>

---

*Gagnon c. Office municipal d'habitation de L'Ancienne-Lorette*, [2000] R.J.Q. 2728 aux pp. 2734 à 2736 (C.Q.); *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 1919 à la p. 1936 (C.S.); *Champagne c. Tribunal administratif du Québec*, [2001] R.J.Q. 1788 à la p. 1800 (C.S.); *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 2973 aux pp. 3006 et 3007 (C.S.), confirmé en appel par l'arrêt *Gosselin* de la Cour d'appel, *supra* note 16; *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. ltée*, [2000] R.J.Q. 1222 aux pp. 1229, 1250 et s. (C.S.), confirmé en appel par *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. ltée*, [2001] R.J.Q. 2557 aux pp. 2569 à 2571 (C.A.). Tel que le démontrent les propos utilisés par les magistrats dans plusieurs affaires (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 aux para. 17 et 18; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625 au para. 74; *Commission scolaire Lester B. Pearson*, 1971 et 1972), l'atteinte à la dignité consiste selon nous en réalité à déterminer si la différence de traitement dont se plaint le demandeur est raisonnable ou n'est pas arbitraire. Pour de plus amples détails à ce sujet, voir : D. Robitaille, «Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!» (2002) 62 R. du B. 319 aux pp. 344 à 357. C'est également l'opinion des professeurs H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 5 aux pp. 1113 et 1114. Le professeur Proulx, pour sa part, ne partage pas cette vue : D. Proulx, *supra* note 6 aux pp. 539 à 541.

81. Il est probable que les tribunaux québécois ont intégré le test de la dignité humaine à la norme d'égalité québécoise en raison de l'absence de disposition justificative expresse générale dans la *Charte*, c'est-à-dire applicable à toute discrimination. Dans ce contexte, il n'était pas nécessaire de procéder à un tel revirement jurisprudentiel puisque l'auteur d'une discrimination disposait déjà d'un moyen exonératoire dans la mesure où les tribunaux lui reconnaissent généralement la possibilité de démontrer que sa conduite est raisonnablement justifiable, qu'il a accommodé le plaignant ou qu'un tel accommodement lui causerait une contrainte excessive. Voir, notamment : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 aux pp. 544 à 546 ; *Amselem*, *supra* note 35 aux pp. 915 à 922 (J. Morin); *Whittom c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1823 aux pp. 1825 à 1827 (C.A.) (J. Brossard); *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540 aux pp. 1554 à 1559 (C.A.); *Commission-scolaire-St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 à la p. 1246; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois*, T.D.P.Q., Montréal, 500-53-000149-003, 2001-08-27, J. d'Amour, AZ-50100604 aux para. 33 et 34; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôtel Villa de France*, T.D.P.Q., Montréal, 500-53-000073-971, 1998-02-26, J.E. 98-796 aux para. 26 à 30. Certains auteurs sont toutefois d'avis qu'en dehors des exceptions prévues, l'article 10 consacre une norme d'égalité absolue et n'est sujet à aucune norme générale de justification : C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 143; D. Proulx, *supra* note 3 aux pp. 461, 522 et 546 à 549; D. Proulx, *supra* note 12 à la p. 387; D. Proulx, *supra* note 6 aux pp. 539 à 541.

Si l'ajout de cette condition d'ouverture du droit à l'égalité peut se justifier dans le contexte de la norme constitutionnelle générale d'égalité, il en va tout autrement en ce qui concerne l'article 10 de la *Charte* québécoise alors que cette dernière, contrairement à la *Charte* canadienne, consacre à son article 4 un droit indépendant à la dignité humaine<sup>82</sup> : «Toute personne a *droit* à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation».

Après analyse, on s'aperçoit rapidement que la notion de dignité à laquelle fait référence cet article 4, telle que définie par la jurisprudence dont celle de la Cour suprême, rejoint pour l'essentiel la définition qu'en donne cette même Cour pour les fins de l'article 15 de la *Charte* canadienne dans l'arrêt *Law*<sup>83</sup> et que la Cour d'appel a transposée à l'article 10 de la *Charte* québécoise. Que ce soit en vertu de l'article 15 ou de l'article 4, l'on constate en effet que la dignité humaine signifie qu'une personne ressent du respect ou de l'estime de soi et relève de l'intégrité physique et psychologique personnelle ou des attributs fondamentaux de l'être humain.<sup>84</sup> On retrouve ainsi, dans ces deux dispositions, des notions convergentes de dignité.

---

82. *Charte*, *supra* note 1 à l'art. 4. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 au para. 100 (ci-après *Hôpital St-Ferdinand*); *Poulin*, *supra* note 5 à la p. 9 du texte intégral ; *Villa Plaisance*, *supra* note 12 aux pp. 519 à 523.

83. C'est d'ailleurs ce que reconnaît le Tribunal des droits de la personne : *Nicolet*, *supra* note 51 aux para. 91 et 92; *Poulin*, *supra* note 5 aux pp. 9 et 10 du texte intégral; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra*, [2000] J.L. 45 aux pp. 51 et 52 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc*, [1999] R.J.Q. 1875 aux pp. 1878 et 1879 (T.D.P.Q.).

84. Sur l'article 15, voir l'arrêt *Law*, *supra* note 79 au para. 53 et sur l'article 4, voir les arrêts suivants : *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3 au para. 90 (J. Gonthier); *Hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 82 au para. 105; *Blanchette c. Bury*, [2001] R.R.A. 904 à la p. 913 (C.S.); *Marquis c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers du Québec*, [2001] R.R.A. 852 (rés.); *Groupe Champlain inc. c. Lauzon*, C.S., Montréal, 500-05-060737-002, 2001-04-05, J. Rayle ; *Daigneault (Succession de) c. 9045-5619 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 538 aux pp. 544 à 546 (C.Q.); *Hervieux-Payette c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131 à la p. 138 (C.S.), infirmé par *Société St-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.), mais sur un autre point; *Poulin*, *supra* note 5 aux pp. 9 et 10 du texte intégral; *Villa Plaisance*, *supra* note 12 aux pp. 522 et 523.

Ce constat établi, on peut dès lors tirer la conclusion suivante : exiger une atteinte à la dignité humaine en tant que condition *sine qua non* pour fonder une constatation de discrimination en vertu de l'article 10 revient de manière générale à requérir une violation de l'article 4 de la *Charte*. Or, cette dernière disposition constitue un droit de la personne susceptible d'être invoqué en corrélation avec l'article 10. Dans cette perspective, l'exigence systématique d'une violation de la dignité en vertu de la norme d'égalité québécoise a pour effet de ramener à un *automatisme* l'étape consistant en l'identification d'un droit ou d'une liberté dans le cadre duquel s'opère une distinction. L'article 4 se trouvera en effet à être continuellement et nécessairement invoqué en combinaison avec l'article 10 et sert ainsi de vecteur à la *quasi-indépendance* de ce dernier.<sup>85</sup>

L'application de l'article 10, à l'origine un droit non-indépendant, susceptible d'interagir avec l'ensemble des droits et libertés de la personne, se trouve ainsi cantonnée aux cas de discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice du droit à la sauvegarde de sa dignité, puisque le rattachement avec les autres droits et libertés ne sera désormais ni suffisant ni nécessaire.<sup>86</sup>

La Cour d'appel n'a certainement pas souhaité un tel résultat ni, probablement, ne l'avait envisagé lorsqu'elle décidait de suivre la Cour suprême quant à l'utilisation de la dignité en matière de discrimination. Tel est pourtant, dans l'état actuel du droit, l'imbroglio dans lequel se trouve la norme d'égalité

---

85. Nous employons l'expression *quasi-indépendance* puisqu'en dépit du jumelage systématique entre les articles 10 et 4, il n'en demeure pas moins qu'un lien avec ce dernier droit demeurera toujours présent, la norme d'égalité ne pouvant d'ailleurs s'appliquer isolément de quelque autre droit ou liberté de la personne. Par ailleurs, si nous qualifions l'article 10 de norme *indépendante* lorsqu'il se rattache à un domaine d'activité, *supra* aux pp. 15 et 17, c'est en raison du fait qu'il n'est alors invoqué avec aucun autre *droit* ou *liberté* de la personne.

86. Dans la mesure où la dignité humaine devient l'essence de la norme d'égalité, rien n'empêcherait par ailleurs le demandeur de n'invoquer qu'une atteinte à son droit à la sauvegarde de sa dignité en vertu de l'article 4, évitant ainsi d'avoir à faire la preuve de tous les éléments nécessaires à la démonstration d'une violation du droit à la non-discrimination. Cela pourrait être avantageux lorsque la distinction dont se plaint le demandeur ne repose sur aucun motif énuméré à l'article 10. Pour éviter qu'une telle situation se produise, les tribunaux pourraient cependant conclure que le champ égalitaire de la dignité humaine dans la *Charte* québécoise se limite à l'article 10.

québécoise. Nous constaterons ci-après que si cette nouvelle interprétation a pour effet de transformer l'article 10 en un droit quasi-indépendant, elle a également un effet sur l'autre facette fondamentale de cette disposition, son *autonomie*.

## 2. L'indispensable *autonomie* de la norme d'égalité québécoise

Si la norme d'égalité québécoise n'est susceptible d'aucune *application indépendante*, elle possède néanmoins une *portée autonome*. L'article 10 peut ainsi se trouver enfreint par une mesure conforme, en elle-même, aux exigences d'un autre article mais qui crée une inégalité de traitement dans la reconnaissance ou l'exercice du droit ou de la liberté consacrée par cette autre disposition.<sup>87</sup> Il est en effet reconnu qu'une constatation de discrimination en vertu de l'article 10 ne nécessite pas une «double violation», c'est-à-dire celle du droit ou de la liberté dans le champ duquel la distinction se pratique et celle du droit à l'égalité.<sup>88</sup>

Portant sur l'article 14 de la *Convention* européenne, l'*Affaire linguistique belge* en constitue un excellent exemple et, s'agissant de l'arrêt de principe de la Cour européenne sur cette question, fait figure de précurseur en la matière.<sup>89</sup> Se fondant sur les articles 2 du *Protocole n° 1* (droit à l'instruction)<sup>90</sup> et 14 de la *Convention*, les requérants francophones se plaignaient de la législation belge en matière d'enseignement qui les obligeait à envoyer leurs enfants étudier à l'extérieur de leur commune pour recevoir une instruction en langue française. Les enfants de parents dont la langue maternelle était néerlandaise recevaient quant à eux, dans leur commune, un enseignement dispensé dans leur langue.

---

87. Voir l'une des premières études sur le sujet : M.-A. Eissen, *supra* note 8 à la p. 123.

88. *Supra* note 5.

89. G. Cohen-Jonathan, *supra* note 14 à la p. 538; P. Lambert, *supra* note 8 aux pp. 500 et 501; F. Sudre, *supra* note 14 à la p. 968.

90. L'article 2 du *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Paris, 20.III.1952 (ci-après *Protocole n° 1*) énonce que : «Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.»



Dans la mesure où, selon la Cour, l'article 2 du *Protocole n° 1* ne garantit pas aux parents le droit pour leurs enfants de recevoir une instruction selon leurs préférences linguistiques,<sup>91</sup> le recours fondé strictement sur cette disposition a échoué.

Le respect de l'article 2 du *Protocole n° 1* n'a cependant pas empêché la Cour de constater que les enfants des requérants avaient fait l'objet d'un traitement discriminatoire dans la jouissance du droit à l'instruction qu'il énonce puisque la distinction établie par la loi ne s'appliquait pas de façon uniforme aux deux groupes linguistiques en cause sur le seul fondement de la langue et du lieu de résidence des parents.<sup>92</sup> En d'autres termes, la portée autonome de l'article 14 a permis à la Cour de sanctionner une inégalité dans la jouissance d'un droit en lui-même respecté.

Voilà qui illustre bien, par ailleurs, que les individus ne peuvent exiger la création de mesures étatiques qui satisfont leurs priorités individuelles sur la base de dispositions qui ne consacrent que l'obligation de respecter le droit ou la liberté consacré. L'État qui décide néanmoins de mettre en place des programmes qui vont au-delà des exigences limitées que prescrit le droit ne peut

---

91. *Affaire linguistique belge*, *supra* note 8 aux pp. 37, 49, 50 et 71.

92. *Ibid.* aux pp. 82 à 84.

alors le faire de façon discriminatoire.<sup>93</sup> Il en va ainsi pour toutes les dispositions qui n'imposent à l'autorité publique qu'une obligation négative.<sup>94</sup>

La reconnaissance de cette caractéristique commune aux normes québécoise et européenne d'égalité s'avère fort heureuse puisque c'est principalement cette portée autonome qui leur donne un rôle véritable et une efficacité certaine.<sup>95</sup> D'ailleurs, si la violation de l'article 10 nécessitait celle

---

93. On pense ici inévitablement à la récente décision de la Cour supérieure dans *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 1589 (C.S.), que l'on peut communément appeler l'«Affaire des fusions». Certains demandeurs contestaient le fait que le législateur les avait exclus, sur la base de leur lieu de résidence, du mécanisme de consultation préalable aux fusions municipales dont bénéficiaient pourtant certains citoyens d'autres municipalités et prétendaient, par conséquent, être victimes de discrimination dans l'exercice de leur liberté d'expression. Le pourvoi a toutefois été rejeté, la Cour étant d'avis que la distinction alléguée n'était fondée sur aucun motif illicite prévu à l'article 10, résultat d'une interprétation stricte du motif énuméré d'«état civil» qui, selon cette dernière, ne comprend pas le domicile. Un parallèle intéressant peut par ailleurs être établi avec l'arrêt *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995. En l'espèce, le demandeur invoquait avoir été privé de l'exercice des droits protégés aux articles 2b) (liberté d'expression) et 15 de la Charte canadienne puisqu'il avait été empêché de voter à un référendum pour des raisons administratives liées au lieu de son domicile. La Cour a conclu qu'en dépit du fait que la liberté d'expression n'oblige pas le gouvernement à mettre en place des mesures destinées à en assurer la jouissance, l'État qui décide de fournir un mode d'expression tel un référendum doit le faire de façon conforme à la Constitution dont fait partie la Charte : *Haig c. Canada*, 1041 (J. L'Heureux-Dubé). Voir aussi les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

94. *Supra* note 70.

95. Il faut toutefois reconnaître que des violations autonomes de la norme d'égalité européenne sont rares : L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *supra* note 8 à la p. 480. Voir aussi M. Bossuyt, *supra* note 14 aux pp. 164 et 165. En effet, la *Convention* reconnaît essentiellement des droits civils et politiques et des libertés fondamentales qui imposent un devoir d'abstention ou de non-ingérence à l'État, les droits économiques et sociaux relevant plutôt de la *Charte sociale européenne (révisée)*, Strasbourg, 3.V.1996. Ce faisant, la privation *discriminatoire* de la jouissance d'un de ces droits ou libertés constitue souvent, mais non nécessairement, non seulement une discrimination mais également une violation du droit ou de la liberté en question. À l'opposé, dans la mesure où les motifs illicites qu'énumère l'article 14 ne sont pas exhaustifs, la privation arbitraire d'un droit ou d'une liberté implique toujours une discrimination puisque tous doivent jouir de tous les droits et libertés sans distinction : L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *supra* note 8 à la p. 480. Lorsqu'un droit ou une liberté impose une obligation positive à l'État ou lorsque l'État décide, sans y être tenu, d'aménager des moyens d'exercice d'un droit, la possibilité qu'une violation autonome de l'article 14 soit constatée augmente : *Ibid.* Ainsi, puisque les obligations

concomitante d'un droit ou d'une liberté de la personne, une constatation de discrimination ne constituerait alors qu'une circonstance aggravante<sup>96</sup> du non-respect du droit ou de la liberté invoqué. En effet, une fois constatée l'atteinte à ce dernier, il n'est alors plus strictement nécessaire, quoique parfois opportun,<sup>97</sup> de se demander si tous en jouissent en pleine égalité.

**A. L'importance capitale de la norme autonome d'égalité lorsque rattachée à un droit économique ou social**

Au Québec, l'autonomie de l'article 10 s'avère particulièrement importante en ce qui concerne certains droits économiques et sociaux, consacrés aux articles 39 à 48, lesquels font malheureusement figure de négligés dans la *Charte*.<sup>98</sup> C'est le cas du droit à l'instruction publique gratuite «dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi»,<sup>99</sup> du droit à l'information «dans la mesure prévue par la loi»,<sup>100</sup> du droit à des mesures d'assistance financière et sociales «prévues par la loi»<sup>101</sup> et du droit de toute personne qui travaille à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique «conformément à la loi». <sup>102</sup> La présence de ces limites intrinsèques dans le texte des articles 40, 44, 45 et 46 indique ainsi qu'il revient au législateur de les mettre en œuvre.<sup>103</sup> Pour en déterminer la portée véritable,

---

positives imposent généralement une obligation de moyen, l'État jouissant d'une plus grande discrétion dans l'étendue de la protection qu'il accorde, la violation propre d'un droit programmatore est donc plus difficile à démontrer que la violation d'une disposition qui n'impose qu'une obligation d'abstention à laquelle l'autorité publique ne s'est pas conformée. La norme autonome d'égalité européenne peut dès lors jouer son rôle en permettant aux tribunaux de sanctionner la discrimination dans la reconnaissance ou la jouissance d'un droit en lui-même respecté.

96. G. Cohen-Jonathan, *supra* note 14 aux pp. 538 et 539; P. Lambert, *supra* note 8 à la p. 500 et s.

97. *Supra* note 23.

98. Voir : P. Bosset, *supra* note 60 à la p. 585.

99. *Charte*, *supra* note 1 à l'art. 40.

100. *Ibid.* à l'art. 44.

101. *Ibid.* à l'art. 45.

102. *Ibid.* à l'art. 46.

103. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 6 aux para. 88 à 90 et 418 à 433.

il faut donc nécessairement s'en remettre à la législation pertinente puisque c'est par l'entremise de cette dernière qu'ils prennent tout leur sens.<sup>104</sup>

Les droits économiques et sociaux, particulièrement les articles 40, 44, 45 et 46, se présentent donc comme des droits programmatoires<sup>105</sup> ou comme le fruit d'un énoncé politique,<sup>106</sup> les tribunaux n'étant pas autorisés à réviser la suffisance des mesures que le législateur choisit d'adopter.<sup>107</sup> Par conséquent, malgré le fait qu'un individu se croyant lésé dans ses droits économiques et

---

104. *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223 à la p. 226 (C.A.); *Aide sociale - 134*, [1997] C.A.S. 432 aux pp. 433 et 434; *Aide sociale - 27*, [1996] C.A.S. 139 et *Aide sociale - 43*, [1994] C.A.S. 137. En ce qui concerne la portée de l'article 40 de la *Charte*, voir : *Commission scolaire régionale Chauveau c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1196 à la p. 1204 (C.A.); *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 aux pp. 1241 et 1242; *Bigonnesse c. École secondaire du Mont Bruno*, J.E. 96-1477 (T.D.P.Q.).

105. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 6 au para. 89 (J. McLachlin); P. Bosset, *supra* note 60 à la p. 592.

106. P. Bosset, *supra* note 60 à la p. 593.

107. À cet égard, il est intéressant de prendre connaissance de la dissidence de l'Honorable Michel Robert, maintenant juge en chef du Québec, dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1033 à la p. 1089 et s. (C.A.). Cette affaire concernait notamment l'interprétation de l'article 45 de la *Charte* québécoise auquel le juge Robert s'est montré plus ouvert à donner une certaine force contraignante. Selon lui, malgré le fait que la portée de cette disposition dépend des ressources que l'État décide d'y consacrer, elle ne saurait être restreinte à un énoncé de politique générale dont l'application se vérifie dans la loi. Il s'agirait plutôt d'un droit imposant à l'État un contenu obligatoire *minimum* autorisant dans certains cas un examen critique et certaines sanctions par les tribunaux. Bien sûr, le législateur conserverait une marge de manoeuvre importante dans l'établissement de programmes sociaux. Les tribunaux seraient toutefois autorisés à vérifier si la suffisance minimale nécessaire à un niveau de vie décent est respectée. Ce point de vue n'a cependant pas été retenu par la majorité de la Cour suprême saisie en appel de cette affaire dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 6. Selon les juges majoritaires, l'article 45 ne constitue qu'un droit symbolique (para. 96), qui «[...] oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, mais soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates» au para. 88 (J. McLachlin) (nos italiques). Cela est pour le moins paradoxal et le lecteur est en droit de se demander comment sera sanctionnée l'obligation qu'impose l'article 45 à l'État et dont la Cour suprême reconnaît elle-même l'existence. Le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, souscrit pour sa part entièrement à l'analyse du juge Robert de la Cour d'appel aux para. 146 à 148.

sociaux puisse se pourvoir devant un tribunal en vertu de l'article 49,<sup>108</sup> la portée véritable de ces derniers dans la *Charte* rend souvent son recours illusoire.<sup>109</sup>

Comme plusieurs d'entre eux ne possèdent en effet aucune juridicité propre et qu'il est donc difficile pour un individu d'en démontrer une atteinte en soi, l'absence d'autonomie de l'article 10 empêcherait les tribunaux de sanctionner les distinctions qui ont lieu dans les *modalités* des droits socio-économiques ou qui ont une *incidence* sur ceux-ci.

Le meilleur exemple de ce raisonnement demeure sans doute l'arrêt *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu* de la Cour d'appel.<sup>110</sup>

Se fondant sur les articles 10 et 40 de la *Charte* (droit à l'instruction publique gratuite), les demandeurs contestaient le refus des autorités scolaires de défrayer les services d'une accompagnatrice spécialisée qui aurait facilité l'intégration en classe régulière de leur enfant présentant des traits autistiques.

Après analyse du droit international et de la législation en vigueur,<sup>111</sup> la Cour a conclu que le droit à l'intégration en classe régulière des élèves souffrant d'un handicap n'est pas un droit absolu et n'impose qu'une obligation de moyen à l'État.<sup>112</sup> Le droit énoncé à l'article 40, directement lié aux mesures mises de l'avant par la loi,<sup>113</sup> ne pouvait donc servir de base unique au recours des parents puisqu'en l'espèce la commission scolaire avait respecté cette obligation de

---

108. Bien que la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 6 au para. 96, ne fasse pas mention expresse de l'article 49, elle est d'avis qu'«[...] il existe une réparation pour les atteintes aux droits sociaux et économiques énoncés au chapitre IV de la *Charte québécoise*» et qu'en cas de «[...] violation de ces droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation» (soulignement et italique dans le texte original). Les juges Bastarache (para. 304) et Arbour (para. 396) ne sont pas de cet avis ayant plutôt jugé dans cette affaire que l'article 49 ne pouvait être invoqué à l'encontre de la violation d'un droit économique ou social.

109. Certains droits énoncés aux articles 39 à 48 sont toutefois susceptibles de créer de réelles obligations. Nous référons le lecteur à l'article de P. Bosset, *supra* note 60, pour de plus amples détails à ce sujet.

110. *Supra* note 5.

111. *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. c. I-13.3., art. 234 et 235.

112. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 aux pp. 1241 et 1242.

113. *Ibid.* à la p. 1242.

moyen en mettant à la disposition des élèves présentant un handicap ou des difficultés d'apprentissage des mesures visant à faciliter leur intégration en classe régulière. L'insatisfaction des parents quant à ces mesures ne suffisait pas pour fonder une violation propre de l'article 40, comme c'était le cas d'ailleurs dans l'*Affaire linguistique belge* où, rappelons-nous, la Cour européenne affirmait que les ressortissants belges ne pouvaient sur la base de l'article 2 du *Protocole n° 1* exiger la création d'établissements d'enseignements conformes à leurs préférences linguistiques.<sup>114</sup>

Toutefois, malgré cette conclusion quant au respect de l'article 40 par l'État, la distinction fondée sur le handicap dont avait fait l'objet l'enfant dans l'exercice de son droit à l'instruction publique gratuite était discriminatoire en ce qu'elle avait sur lui un réel effet d'exclusion.<sup>115</sup>

Il importe ici de souligner qu'en constatant la discrimination dans l'exercice d'un droit social, les tribunaux ne portent pas un regard sur la suffisance même des mesures choisies par le législateur et, dans cette perspective, n'ont pas pour mission de sanctionner la violation propre du droit dont il est question. En réalité, il s'agit plutôt d'assurer la protection d'une personne victime d'un traitement arbitraire ou déraisonnable<sup>116</sup> différent, entretenant un certain rapport avec un droit économique ou social<sup>117</sup> et fondé sur un motif illicite. Un auteur est toutefois d'avis que l'application de la norme d'égalité en conjonction avec le genre de droit dont il est question a un effet *créateur* de droit :

[...] malgré l'absence de violation du droit social, l'individu peut établir un titre juridique à l'exercice de ce droit en se fondant sur la norme de non-discrimination. Cette dernière interdit notamment le refus pour des raisons discriminatoires de l'exercice d'un droit social reconnu dans la législation nationale et prévu par la convention. Grâce à cet effet créateur de l'application autonome de la norme de non-discrimination, l'individu peut

---

114. *Supra* note 91.

115. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 à la p. 1248.

116. *Supra* note 80.

117. *Supra* notes 60 et 61.

acquérir un droit (social) que ni la législation nationale, ni la convention internationale ne garantissent directement!<sup>118</sup>

À notre avis, l'application autonome de la norme d'égalité avec un droit social n'a aucun tel effet *créateur*. Bien que l'individu puisse acquérir un titre juridique à l'exercice d'un droit économique ou social qui ne lui était pas attribué au départ, il ne s'agit pas de la *création* d'un droit. Au contraire, ce droit est déjà prévu : celui de la non-discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice des droits et libertés de la personne, ce qui inclut les droits économiques et sociaux.<sup>119</sup>

Certains pourraient par ailleurs prétendre que la différence de nature des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux devrait faire en sorte que l'application autonome de la norme d'égalité à ces derniers droits devrait être plus relative, comme le soutenait d'ailleurs le gouvernement dans l'*Affaire linguistique belge*.<sup>120</sup> Nous partageons plutôt le point de vue du professeur Proulx<sup>121</sup> selon lequel le principe d'égalité doit s'appliquer avec la même vigueur à tous les droits. En conséquence, bien que les droits socio-économiques nécessitent une intervention de l'État et que leur mise en œuvre s'effectue progressivement dans le temps, il n'en demeure pas moins que dans

---

118. M. Bossuyt, *supra* note 14 aux pp. 218 et 219.

119. La majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Haig c. Canada*, *supra* note 93 à la p. 1041 affirmait d'ailleurs ceci au sujet de l'article 15 de la *Charte* canadienne : «[...] un gouvernement peut se voir obligé de prendre des mesures positives afin d'assurer l'égalité de personnes ou de groupes visés à l'art. 15.»

120. *Supra* note 8 à la p. 29 à 31. Les droits civils et politiques, considérés comme naturels et intrinsèques à la personne humaine, n'imposent généralement à l'État qu'une obligation d'abstention en ce sens qu'il doit s'abstenir d'en empêcher l'exercice : M. Bossuyt, *supra* note 14 à la p. 186 et s.; D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 494. Il importe toutefois de préciser que ce n'est pas le cas de tous les droits civils et politiques. En effet, certains d'entre eux, comme le droit de vote ou le droit à un tribunal indépendant (*Charte*, *supra* note 1 aux art. 22 et 23), exigent, pour prendre tout leur sens, des actions positives de l'État. Les droits économiques et sociaux, pour leur part, impliquent toujours pour leur mise en œuvre une action positive (*Ibid.*). Cette obligation en est une de moyen, c'est-à-dire que l'État doit faire tout en son possible pour les réaliser et les rendre effectifs. C'est donc à lui que revient le choix des mesures à mettre en place.

121. D. Proulx, *supra* note 3 à la p. 495. Voir également : M. Caron, «Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits» (1985) 45 R. du B. 345 à la p. 366; M. Caron, *supra* note 3 aux pp. 45 et 46.

leur reconnaissance ou leur exercice il lui est interdit de porter atteinte à l'égalité. Il convient d'ailleurs de noter qu'en dépit du fait que l'article 52 de la *Charte* exclut expressément les droits économiques et sociaux de la prépondérance dont bénéficient les droits et libertés sur les dispositions contraires d'autres lois,<sup>122</sup> l'article 10, lui, est visé par cette disposition. Il faut en conclure que le droit à la non-discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit économique ou social bénéficie d'une valeur prépondérante sur les dispositions législatives qui lui seraient contraires.

On pourrait enfin penser qu'un tel raisonnement a pour effet de contrecarrer toute action du législateur dans les programmes sociaux qu'il entend mettre en place puisque l'adoption de telles mesures conduit nécessairement à établir des distinctions. Avec égards, notre raisonnement n'entraîne selon nous aucune conséquence de ce genre. Bien qu'il soit inévitable que le législateur établisse des distinctions dans ses lois, il ne peut pour autant se permettre de *discriminer*, c'est-à-dire distinguer arbitrairement.<sup>123</sup> Après tout, ne s'est-il pas lui-même imposé cette obligation en adoptant la *Charte* québécoise ?

**B. L'autonomie de la norme d'égalité *menacée* par l'utilisation du concept de dignité en matière de discrimination et encore *mal comprise* par certains**

Alors qu'il s'agit d'un attribut indispensable à l'efficiencia même de la norme d'égalité, son autonomie semble aujourd'hui malheureusement remise en question : elle est menacée, d'une part, par l'utilisation de la dignité humaine comme condition impérative d'une discrimination et, d'autre part, elle est encore mal comprise par certains tribunaux.

D'abord, la nouvelle lecture que fait la Cour d'appel de l'article 10 est en effet susceptible de saper complètement le postulat qu'elle formulait pourtant en

---

122. L'article 52 de la *Charte* énonce : «Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.»

123. *Supra* note 80.



1994,<sup>124</sup> à savoir qu'une violation du droit à la non-discrimination ne nécessite pas celle d'une autre disposition.

Or, c'est tout le contraire qui se produit à l'heure actuelle puisque, comme nous l'avons vu, la violation même de l'article 10 nécessite désormais une violation de la dignité telle que protégée par l'article 4 de la *Charte*, ce qui va clairement à l'encontre de sa portée autonome. Dans la mesure où, cependant, l'effet de l'application corrélatrice et systématique des articles 4 et 10 a pour principale conséquence d'en faire une norme d'égalité quasi-indépendante des autres droits et libertés, le non-respect de son autonomie par l'exigence d'une violation de la dignité est un reproche qui pourrait devenir superflu. En effet, puisque l'importance de la portée autonome de l'article 10 est intimement liée à son absence d'indépendance : «*Lorsque l'égalité n'est qu'une modalité de particularisation d'un autre droit*, il n'est pas nécessaire que sa violation constitue une négation de ce droit pour donner ouverture à un remède».<sup>125</sup> Si cette limite de non-indépendance imposée par le législateur est repoussée, l'autonomie de l'article 10 n'a plus aucune raison d'être.

Si l'autonomie de la norme d'égalité est par ailleurs généralement bien comprise en jurisprudence,<sup>126</sup> il n'en demeure pas moins que les décisions de quelques tribunaux inférieurs entretiennent une certaine confusion à cet égard. Dans plusieurs jugements, on semble ainsi suggérer étonnamment que la violation d'un autre droit ou d'une liberté est une condition *sine qua non* d'une constatation de discrimination.

Dans l'affaire *Syndicat étudiant du cégep Marie-Victorin c. Collège d'enseignement général et professionnel Marie-Victorin*,<sup>127</sup> par exemple, il s'agissait de déterminer si les demandeurs, étudiants au cégep, avaient le droit de suivre des cours de «humanités» en français et, comme corollaire, si le cégep était tenu de les leur offrir.<sup>128</sup> Ces cours n'étaient dispensés qu'en anglais, leur

---

124. *Supra* note 5.

125. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 5 à la p. 1243 (nos italiques).

126. Comme le constate d'ailleurs le professeur Proulx : D. Proulx, *supra* note 6 à la p. 516.

127. *Supra* note 21.

128. *Ibid.*

équivalent, les cours de philosophie, étant cependant offerts aux étudiants francophones dans leur langue.

À l'appui de leur demande, les étudiants invoquaient une atteinte à leur liberté d'expression et à leur droit à l'égalité fondée sur la langue ou l'origine nationale dans l'exercice de cette liberté. Sur la question de la violation du droit à l'égalité, la Cour supérieure a d'abord correctement rappelé que l'article 10 n'a pas d'application indépendante mais constitue une simple modalité de particularisation d'un autre droit.<sup>129</sup> Ce principe établi, la Cour en tirait cependant le constat erroné suivant :

Cette précision quant à l'article 10 nous amène à partager l'opinion des défendeurs<sup>[130]</sup> à l'effet que [sic] les demandeurs alléguant violation de leur liberté d'expression, *il ne peut exister aucun manquement à leur droit à l'égalité protégé par la Charte québécoise si leur liberté d'expression n'est pas compromise*. Or, on l'a constaté plus haut, elle ne l'est pas.<sup>131</sup>

(nos italiques)

Il s'agit là, malheureusement, d'une formulation douteuse qui brouille le raisonnement de la Cour. Toutefois, malgré ses apparences, cette décision ne remet pas en question l'autonomie de l'article 10 puisque c'est plutôt en raison de la non-indépendance de la norme d'égalité que celle-ci n'avait pas été violée dans les circonstances.<sup>132</sup> La Cour avait en effet reconnu que toute activité n'est pas protégée par l'article 3 de la *Charte* et que le fait de participer à des cours de «humanities» en français n'était pas une activité relevant du champ de cette disposition.<sup>133</sup>

---

129. *Ibid.* à la p. 13 du texte intégral.

130. Avec respect, il est malheureux de constater que des juristes québécois plaident encore que la violation de l'article 10 nécessite celle d'un autre droit.

131. *Collège Marie-Victorin*, *supra* note 21 à la p. 13 du texte intégral.

132. Voir également l'affaire *Lavigne*, *supra* note 21. La Cour supérieure laissait entendre dans cette affaire que la violation de la liberté d'expression était nécessaire à une violation de l'article 10. Après analyse, l'on constate que l'autonomie de l'article 10 n'est pas remise en question puisque les faits ne permettaient de rattacher la norme d'égalité à aucun autre droit ou liberté de la personne ni à un domaine d'activité protégé.

133. *Collège Marie-Victorin*, *supra* note 21 à la p. 11 du texte intégral.

À notre avis, cependant, les cours de philosophie constituent un forum ou un moyen d'expression pour les étudiants et la participation à ces cours peut constituer une *modalité* d'exercice du droit à la liberté d'expression. L'État n'est certes pas obligé par l'article 3 de fournir un tel forum d'expression mais s'il décide de le faire, il ne peut discriminer. En ce sens, cette décision de la Cour supérieure nous paraît se distancer du postulat formulé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, selon lequel le lien entre la norme d'égalité et un autre droit ou liberté n'a pas à être étroit.<sup>134</sup>

Dans l'affaire *Wagner c. I.N.G., Le groupe Commerce, compagnie d'assurances*,<sup>135</sup> la demanderesse se plaignait de discrimination parce que sa compagnie d'assurances avait refusé de l'indemniser pour le vol dont elle avait été victime, au motif que la disparition de ses biens était louche d'autant plus qu'elle n'avait pas dévoilé, au moment de la souscription de la police, que son conjoint avait des antécédents judiciaires. Sur le fond, la Cour du Québec, analysant la possible violation de l'article 10, affirmait d'une façon erronée que l'attitude de la compagnie d'assurances «ne peut être discriminatoire face à la Charte des droits et libertés de la personne que si elle contrevient à un droit reconnu par cette *Charte*».<sup>136</sup> La Cour concluait en revanche : «Or, le droit à l'assurance, ça n'existe pas en soi».<sup>137</sup> Selon ce raisonnement, c'est vraisemblablement en raison de la non-indépendance de la norme d'égalité qu'il n'y avait pas violation de celle-ci. Le jugement de la Cour dans cette affaire nous semble toutefois incorrect et restrictif sur ce point puisque la demanderesse n'invoquait pas avoir fait l'objet de discrimination dans l'exercice du droit à l'assurance mais bien des articles 4 (sauvegarde de sa dignité) et 6 (jouissance paisible de ses biens) de la *Charte*. Or, d'une part, comme le rapport entre l'article 10 et une autre disposition n'a pas à être étroit, il nous semble que la Cour aurait très bien pu appliquer l'article 10 en interaction avec l'article 6, la demanderesse réclamant une indemnité pour perte de jouissance d'un bien. D'autre part, elle pouvait également l'appliquer en interaction avec l'article 12 qui interdit la discrimination dans les actes juridiques ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

---

134. *Supra* note 5.

135. *Supra* note 21.

136. *Ibid.* à la p. 533 (nos italiques).

137. *Ibid.*

L'arrêt *Devine* de la Cour suprême représente un autre exemple de la confusion créée par les tribunaux quant à la portée autonome de l'article 10.<sup>138</sup> Rappelons-nous que dans cette affaire, la Cour avait conclu que les articles 52 et 57 de la *Charte de la langue française* violaient l'article 3 de la *Charte québécoise* mais que cette atteinte était *justifiée*.<sup>139</sup> En ce qui concerne la discrimination fondée sur la langue dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, la Cour affirmait ceci : «En l'espèce, les art. 52 et 57 créent effectivement une distinction fondée sur la langue usuelle *mais n'ont pas pour effet de compromettre ou de détruire des droits garantis par l'art. 3. Ils respectent donc la Charte québécoise*».<sup>140</sup> Évidemment, cela suggérait fortement que la violation concomitante d'un autre droit ou d'une liberté était nécessaire à la constatation d'une discrimination en vertu de l'article 10, d'où la critique virulente du professeur Daniel Proulx qu'il convient ici de citer au long :

En glissant ainsi de la destruction du droit à l'égalité à celle du droit à la liberté d'expression garanti à l'article 3, la Cour vient subtilement mais indéniablement de détourner complètement le sens des mots «ce droit» dont parle l'article 10 *in fine*. En somme, pour qu'il y ait discrimination dorénavant, une distinction doit non pas compromettre le droit à *l'égalité*, mais compromettre l'un ou l'autre des droits garantis dans la Charte. En d'autres termes, l'article 10 ne sert plus à garantir le principe d'égalité, ce qui constitue sa seule raison d'être, mais à protéger les autres droits et libertés, comme si leur proclamation dans la Charte ne suffisait pas à assurer leur reconnaissance. Ce glissement dans l'interprétation de la norme québécoise d'égalité aurait-il des conséquences sérieuses? Qu'on en juge. Si le deuxième alinéa de l'article 10 signifie qu'une distinction ne peut être jugée discriminatoire qu'à la condition de porter en même temps atteinte à un autre droit reconnu dans la Charte québécoise, comme l'exige la Cour suprême, on est ni plus ni moins forcé de conclure que l'article 10 n'a plus aucun sens en droit public [...].<sup>141</sup>

---

138. *Devine*, *supra* note 35.

139. *Supra* note 39.

140. *Devine*, *supra* note 35 à la p. 819 (nos italiques).

141. D. Proulx, *supra* note 12 aux pp. 392 et 393.

Si le professeur Proulx avait raison de nous mettre en garde contre l'interprétation de l'article 10 que semblait suggérer la Cour suprême, nous ne sommes pas convaincus que la critique qu'il adressait au plus haut tribunal du pays ne résulte d'une lecture adéquate de l'arrêt *Devine*. Le passage du jugement contre lequel il s'insurgeait doit en effet être replacé dans son contexte. Dans l'arrêt en question, la violation de l'article 3 était *justifiée*. Or, cela avait nécessairement pour conséquence de contrecarrer l'application de l'article 10 puisqu'elle dépend intrinsèquement de celle des autres clauses normatives de la *Charte*. Le passage de l'arrêt *Devine* cité ci-haut ne peut alors se lire sans celui-ci qui vient juste avant dans le jugement :

Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression.<sup>142</sup>

En effet, lorsque la violation du droit à l'égard duquel se pratique la discrimination est *justifiée*, le citoyen ne peut plus prétendre à la reconnaissance et à l'exercice de ce droit, ni même ne peut-il alléguer subir une inégalité dans les modalités ou le cadre de ce dernier. Comme l'article 10 ne s'applique qu'à l'égard de la reconnaissance et l'exercice d'un droit, il ne peut alors plus s'appliquer. En d'autres termes, si le législateur est justifié de ne pas accorder un droit ou une liberté dans un cas particulier et que, pour cette raison, la personne qui se plaint ne peut légitimement revendiquer le droit ou la liberté en question, l'article 10 n'a plus de possibilité d'application puisqu'il est, dans son essence, dépendant des autres dispositions de la *Charte*. La question de son autonomie ne se pose alors plus puisqu'elle suppose l'appui simultané de la norme d'égalité à une autre disposition. C'est dans ce contexte, estimons-nous, qu'il faut comprendre le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Devine*. Les termes employés pour l'expliquer, il faut le reconnaître, prêtaient à confusion.

---

142. *Devine*, *supra* note 35 à la p. 818.

Enfin, il importe d'admettre que la Cour d'appel<sup>143</sup> et le forum spécialisé sur la *Charte* qu'est le Tribunal des droits de la personne ont bien compris comment se déploie l'autonomie de l'article 10.<sup>144</sup> Seules la Cour supérieure et la Cour du Québec maintiennent aujourd'hui le juriste dans une certaine confusion en utilisant des termes et un raisonnement qui laissent perplexe, confusion que seule une analyse vigilante permettait d'éclaircir.

## CONCLUSION

L'article 10 de la *Charte* québécoise, comme l'article 14 de la *Convention* européenne, consacre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Le droit à la non-discrimination entretient ainsi une relation particulière avec les autres droits et libertés garantis. En raison de cette association nécessaire avec les autres dispositions de la *Charte*, la norme d'égalité n'est donc pas susceptible d'*application indépendante*, trait distinctif fondamental qui engendre certaines conséquences pratiques qui ont été mises en exergue.

Dans le but probable de pallier cette limitation inhérente de la norme d'égalité, les tribunaux interprètent par ailleurs avec libéralité le lien devant unir les faits en litige à un autre droit ou liberté susceptible de se rattacher à l'article 10. C'est également le cas en ce qui concerne l'article 14 de la *Convention*, d'où l'utilisation de la jurisprudence de la Cour européenne dans la démonstration de l'application large et libérale du principe de non-indépendance de la norme égalitaire québécoise.

Si les articles 10 et 14 ne sont susceptibles d'aucune application en dehors du cadre restreint des droits et libertés reconnus par la *Charte* ou la *Convention*, la constatation d'une discrimination ne nécessite pas la violation d'une autre disposition, d'où leur *portée autonome*. Cette deuxième facette d'application de la norme d'égalité est indispensable à son efficacité et à sa raison d'être, particulièrement lorsque, dans la *Charte*, elle est invoquée en

---

143. Sauf la dissidence de l'Honorable Deschamps, maintenant à la Cour suprême, dans l'arrêt *Habachi*, *supra* note 5 à la p. 2538, qui semble laisser entendre que la violation de l'article 10 nécessite celle d'un autre droit ou liberté.

144. *Supra* note 126.

corrélation avec certains des droits économiques ou sociaux dont une violation propre est pratiquement impossible à démontrer.

L'article 10 de la *Charte* a récemment été l'objet d'une «modification jurisprudentielle», la Cour d'appel exigeant désormais une atteinte à la dignité en tant que condition normative pour en arriver à un constat de discrimination. Dans l'état actuel du droit, cette nouvelle interprétation a pour effet de saboter le libellé pourtant clair de l'article 10 dans la mesure où, à l'origine une norme non-indépendante, il devient un droit *quasi-indépendant* par son rattachement systématique et nécessaire à l'article 4 de la *Charte* qui consacre le droit à la sauvegarde de sa dignité. Paradoxalement, la nouvelle lecture que fait la Cour d'appel de l'article 10 a également pour effet de menacer sa *portée autonome* puisque, normalement, la discrimination ne nécessite pas la violation concomitante d'un autre droit ou liberté.

Enfin, et en dépit du principe qui précède, quelques tribunaux affirment encore qu'une discrimination au sens de l'article 10 ne va pas sans la compromission ou la destruction du droit ou de la liberté dans les modalités duquel la distinction contestée se pratique. Sans pour autant remettre véritablement en question l'autonomie de la norme, certaines décisions utilisent ainsi malgré tout un langage inadéquat susceptible de confondre le juriste, confusion qu'une lecture attentive a permis d'élucider.

Le présent texte a ainsi voulu expliciter deux aspects «fondateurs» de l'article 10 dont l'étude s'avère absolument nécessaire à la compréhension de son rôle véritable dans la *Charte* québécoise au regard des autres dispositions qu'elle consacre. Une fois énoncés les développements qui précèdent, une question nous vient inévitablement à l'esprit : ne serait-il pas plus simple et efficace d'adopter une norme *générale* d'égalité?

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** INTERNATIONAL LABOR RIGHTS, A CATEGORICAL IMPERATIVE ?

**Auteur(s) :** Kamil AHMED

**Revue :** RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 1

**Pages :** 145-186

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11935>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11935>



*Page vide laissée intentionnellement.*

## INTERNATIONAL LABOR RIGHTS A CATEGORICAL IMPERATIVE?

par Kamil AHMED\*

*Les normes du travail constituent un sujet fort controversé en Droit international économique, en particulier à cause de la dichotomie entre les pays développés et les pays en voie de développement. Les premiers protègent les normes du travail de manière exhaustive, alors que ces derniers ne partagent que rarement cette vision. Depuis sa création, l'Organisation internationale du travail a substantiellement amélioré les normes et les droits fondamentaux du travail. Malheureusement, elle n'est pas l'organisme idéal pour une application de ces conventions, puisqu'elle n'est pas pourvue de mécanismes de mise en application de règles. Jusqu'à ce jour, l'Organisation mondiale du commerce n'a pas non plus réussi à protéger les droits fondamentaux du travail, et une entente complète entre les pays développés et les pays en voie de développement demeure toujours incertaine, du moins à court ou moyen terme. Cependant, depuis peu, nous assistons à la naissance d'une nouvelle forme de réglementation dite souple : les Codes corporatifs de conduite. Grâce à eux, nous en sommes maintenant aux premiers balbutiements d'une ère nouvelle, où les multinationales ont certaines obligations en Droit international. L'avantage des Codes corporatifs qui retient l'attention est certainement leur grande flexibilité : ils ont à la fois une portée transnationale et internationale et sont facilement adaptables à leur contexte d'application. Le présent article expose comment l'action combinée des conventions de l'Organisation internationale du travail, des règles de l'Organisation mondiale de commerce et des Codes corporatifs de conduite peuvent améliorer la protection des normes et droits fondamentaux du travail, dans un contexte où les mécanismes de mise en application de règles font encore défaut.*

---

*Labor standards are a contentious issue in International Trade Law and particularly reflect the dichotomy between developed and underdeveloped states. The first tend to protect labor rights extensively and the latter rarely do so. Since its inception, the International Labor Organization has significantly bettered the protection of labor rights, but this is not the best forum to uniquely pursue given its lack of enforcement mechanisms. The World Trade Organization until now has also failed to protect international labor rights and a comprehensive agreement to this effect is improbable, at least in the short to mid-term. A new form of soft-regulation has however developed : the Corporate Code of Conduct. Presently, we are at the genesis of an era where multi-national corporations are beginning to possess obligations at International Law. The advantage of Corporate Codes of Conduct is that they are flexible, transnational and as international and adaptable as a corporation can be. This paper argues that the combined application of International Labor Organization conventions, World Trade Organization rules and Corporate Codes of Conduct can significantly improve the protection of labor rights, despite a general lack of rule enforcement mechanisms.*

---

\*, J.D./M.B.A. 3<sup>rd</sup> year, Faculty of Law/Rotman School Management, University of Toronto; LL.B. (Sherbrooke); B.A. (Hon's) (Poli. Sci.) (Concordia).

## TABLE OF CONTENTS

<b>LIST OF ABBREVIATIONS</b> .....	148
<b>INTRODUCTION</b> .....	149
<b>I. Definition and scope of «labor standards»</b> .....	150
A. Core labor standards .....	150
B. Substantial labor standards .....	153
<b>II. Comparative Advantage/Disadvantage?</b> .....	153
A. The dichotomy between MDCs and LDCs .....	153
B. Economic Studies .....	156
<b>III. Recent developments</b> .....	157
A. Singapore Conference .....	157
B. Seattle Conference .....	158
<b>IV. Protection Mechanism of ILRs</b> .....	158
A. Labor Standards in the ILO .....	158
i. Structural issues .....	159
ii. Steps taken by the ILO to protect ILRs in a nutshell .....	159
iii. Criticism .....	161
B. International Economic Law .....	163
C. Why the current WTO framework fails to protect CLS ..	164
i. Anti-dumping .....	164
ii. Countervailing duties .....	164
iii. General Exception Provisions .....	165
iv. Nullification and Impairment Provisions .....	165
v. Opt-out Provisions .....	165
vi. Trade Policy Review Mechanism .....	166
vii. WTO Structure .....	167
D. General Guidelines for a potential WTO agreement .....	167
E. The Corporate Code of Conduct .....	170

(2004) 35 R.D.U.S.	<i>International Labor Rights A Categorical Imperative?</i>	147
i.	Transnational flexibility .....	173
ii.	The Ideology of Corporatism .....	173
iii.	Regulatory precision .....	174
iv.	Consumer attention .....	175
v.	Increased responsiveness .....	176
vi.	Potential State assistance? .....	177
vii.	Drafting and Interpretation .....	177
viii.	Monitoring and Enforcement .....	178
ix.	Miscellaneous criticisms .....	179
x.	Viability of Solution .....	179
<b>CONCLUSION</b> .....		180
<b>APPENDIX</b> .....		184

## LIST OF ABBREVIATIONS

CCCs	Corporate Codes of Conduct
CLS	Core Labor Standards
EU	European Union
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IEL	International Economic Law
IGO	Inter-Governmental Organization
IHRs	International Human Rights
IHRL	International Human Rights Law
ILO	International Labor Organization
ILRs	International Labor Rights
IMF	International Monetary Fund
ITL	International Trade Law
LDCs	Less Developed Countries
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MDCs	More Developed Countries
MTS	Multilateral Trading System
MNCs	Multi-National Corporations
NAALC	North American Agreement on Labor Cooperation
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NGO	Non-Governmental Organization
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
SLS	Substantive Labor Standards
TPRM	Trade Policy Review Mechanism
UK	United Kingdom
UN	United Nations
US	United States of America
WTO	World Trade Organization

## INTRODUCTION

When the MTS was created in 1948, 23 pioneering countries cut one another's export tariffs under the GATT<sup>1</sup>. ITL was thereafter entrenched, yet the MTS has since changed immensely. The world has become an interconnected community at social, political, ideological and economic levels. This phenomenon is often called globalization and unprecedented trade development is its most visible sign<sup>2</sup>. States generally recognize the beneficial economic impact derived from reduced trade barriers in its aggregate sum, which leads them to accept setbacks in certain areas of their economies to allow others to flourish. Autarky is therefore the exception and open economies the norm in 2004.

ITL is in flux and experts agree that labor standards are a contentious issue reflecting the dichotomy between MDCs and LDCs<sup>3</sup>. The first tend to protect labor rights extensively. This substantially augments production costs and diminishes their competitiveness against the latter. In fact, LDCs seek to maintain their ability to export goods at low prices and poorly paid labor is integral to this economic policy<sup>4</sup>. Unfortunately, poorly protected labor rights lead to rampant abuses, which is why in certain circumstances, and justifiably so, they have been characterized as IHRs.

Three mechanisms working in tandem can better protect labor rights than the *status quo* does : the ILO, WTO and CCCs. First, the ILO has advanced the status of labor rights significantly since it was founded in 1919, but not nearly enough. It must nonetheless continue to apply pressure in international fora, complemented by other mechanisms. Second, WTO member-States have been unable to conclude a substantive agreement whereby a minimum set of labor entitlements are prescribed and duly enforced. Such an agreement must

- 
1. *General Agreement on Tariffs and Trade* (30 October 1947) 58 U.N.T.S. 187, Can. T.S. 1947 No. 27 (entered into force 1 January 1948).
  2. «Trade Winds», online : *The Economist* (6 November 1997) <[http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story\\_ID=105723](http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story_ID=105723)> (date accessed : 25 February 2003).
  3. «Fifty years on», online : *The Economist* (14 May 1998) <[http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story\\_ID=128462](http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story_ID=128462)> (date accessed : 25 February 2003) [hereinafter 50 years on].
  4. *Ibid.*

undoubtedly be the normative goal of IHRL, yet the Seattle conference and subsequent events demonstrate practical difficulties. WTO rules could nonetheless be modified to remedy this challenging reality upon the existence of sufficient political will. Third, a private form of regulation has emerged; the CCC. This code can better protect labor rights, until a substantive WTO agreement is concluded. It is not a «cure» to the world's labor right abuses, but nonetheless has potential for beneficial impact. Even marginal improvements are welcome, as a «step-by-step» approach often achieves more than an «all or nothing» approach. In fact, gradual developments will likely lead to a more comprehensive solution in the long-term, which is a possibility certainly worth exploring. CCCs can make a material difference when properly drafted and even more importantly, implemented<sup>5</sup>. We will be examining these closely, by studying whether CCCs constitute a viable interim solution in theory and in practice. Despite this, a substantive WTO agreement is what ITL must ultimately strive for, coupled with ILO conventions and corporate cooperation. The question is whether this is not only possible, but probable as well?

## **I. Definition and scope of «labor standards»**

A universally acceptable definition of «labor standards» is next to impossible because social, cultural, political, ideological and economic differences often lead to irreconcilable constructions. Despite these differences, it is generally accepted that a distinction between CLS and SLS is justified<sup>6</sup>.

- 
5. B. Hepple, «A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct» 20 : 345 *Comp. Labor law & Pol'y Journal* 347 at 350 [hereinafter *Hepple #1*].
  6. M. Busse, «Do Labour Standards Affect Comparative Advantage? Evidence for Labour-Intensive Goods» (November 2001), Center for International Economic Studies, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 1 March 2003) at 6-7 [hereinafter *Busse*].

## A. Core labor standards

CLS *inter alia* refer to «... important human rights and include basic union rights, freedom from forced labour, equal opportunity in employment, and the abolition of child labour.»<sup>7</sup> CLS are protected by IHRL, which includes treaties such as the *UN Charter*<sup>8</sup> and *Universal Declaration of Human Rights*<sup>9</sup>. «Efforts to make adherence to core labour standards compulsory have become more persistent as the impediments to international trade have been dismantled and as capital markets have become increasingly liberalized ...»<sup>10</sup> Unfortunately, IHRL has struggled and continues to struggle with the omnipresent issue of legitimacy and in corollary, enforcement. CLS nonetheless receive quasi-universal recognition. «This can be seen from the fact that more than 130 countries have ratified three United Nations acts on core labour standards»<sup>11</sup>. Furthermore, the foreign policies of certain States, such as the US, have adopted foreign policies making them reluctant to conclude trade and investment agreements with States failing to respect CLS. The US has enacted legislation to this effect because CLS are exogenous considerations having endogenous consequences within its labor policy<sup>12</sup>. It is however quite possible that this

---

7. *Ibid.* at 6.

8. *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, Can. T.S. 1945, No. 7.

9. *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217(III), UN GAOR, 3d Sess., Supp. No. 13, UN Doc. A/810 (1948) 71; A. Singh & A. Zammit, «The Global Labor Standards Controversy : Critical Issues for Developing Countries» (October 2000), South Centre, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 8 March 2003) at 2 [hereinafter *Singh*].

10. *Singh, ibid.* at 3.

11. *Busse, supra* note 6 at 7. These three UN treaties are : (1) The *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, 993 U.N.T.S. 3, Can. T.S. 1976 No.46 (entered into force 3 January 1976, accession by Canada 19 May 1976); (2) The *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 December 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entered into force 23 March 1976, accession by Canada 19 May 1976); (3) The *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 U.N.T.S. 3, Can. T.S. No. 3 (entered into force 2 September 1990, accession by Canada, 13 December 1991).

12. J. Levinson, «Certifying International Workers Rights : A Practical Alternative» (June 1999), Economic Policy Institute, online: <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 2 March 2003) at 4 [hereinafter *Levinson*]. Examples of these are : «the Omnibus Trade and Competitiveness Act (1974 as amended, particularly Section 3.01); the General System of Preferences (GSP); and the Caribbean Basin Initiative (CBI). The legislation governing the Overseas Private Investment Corporation, or OPIC,



legislation infringes ITL.

CLS have international significance partly because of today's unprecedented transnational economy. They can be analogized to the canary in the coal-mine : «[t]he status of workers' rights in a country are a bellwether for the status of human rights in general»<sup>13</sup>. CLS speak to what is fundamentally human and is directly related to dignity. The occupation of people is intimately related to their individual identity, as there is something inherent of the nature of human capacity to engage in productive capacity. Protection of CLS in principle ensures against a race to the bottom<sup>14</sup>, as it limits and delineates the decision-making of corporate actors. Leary in fact believes labor rights are attached to social rights more broadly and operate to mitigate potentially adverse consequences associated with greater economic integration.<sup>15</sup> Labor rights can also be seen as testing the justice of such integration and ensuring its just development.

## **B. Substantial labor standards**

Certain rights are intimately associated with a person's occupation, yet are not part of IHRL<sup>16</sup>. In Canada and the US, *Occupational Health and Safety*

---

contains similar worker rights provisions.»

13. V. A. Leary, «The Paradox of Workers' Rights as Human Right» in P. Macklem, *Class materials of International Human Rights Law*, v. 2. (Toronto, Fall 2002) 407 at 407 [hereinafter *Leary*].

14. This expression refers to States each lowering their labor standards in order to gain an advantage over competing States that will also do the same, until labor rights receive no protection at all. Economists believe that «a race *all the way* to the bottom is unlikely to occur in fairly competitive markets even if countries are large enough to affect one another.» D.K. Brown, «International Trade and Core Labor Standards : A Survey of Recent Literature» (January 2001) Tufts University, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 5 March 2003) at 33 [hereinafter *Brown #1*]. For such studies, see : R. A. Lawrence, *Single World Divided Nations? International Trade and OECD Labor Markets* (Paris : OECD Development Centre, 1996); T.N. Srinivasan, «International Trade and Labor Standards from an Economic Perspective» in P. van Dijk and G. Faber, eds., *Challenges in the New World Trade Organization* (Amsterdam : Kluwer Law International 1996) 219; A. Krueger, «Observations on International Labor Standards and Trade», National Bureau of Economic Research Working Paper 5632 (1996).

15. *Leary*, *supra* note 13 at 407.

16. *Singh*, *supra* note 9 at 4.

*Acts* often protect these labor rights, which are entitlements beyond the «core» threshold and are meant to better safeguard the future and prosperity of workers. «These other labour standards [also known as SLR], sometimes called “acceptable conditions of work”, are highly controversial»<sup>17</sup>. Critics argue that MDCs have the financial resources to protect SLR, where as LDCs do not. Some believe that unequal resources demonstrate the *de facto* illegitimacy of the ILO, among other organizations<sup>18</sup>. If these arguments were accepted, then International Law in its entirety would be illegitimate as well, which is not yet the case in 2004, notwithstanding common legitimacy concerns.

## **II. Comparative Advantage/Disadvantage?**

Little consensus exists amongst critics whether better-protected labor rights equate to a comparative advantage or disadvantage. Much of this debate ultimately stems from the very definition of labor rights and more importantly, the economic situations of States. Panagariya argues that «[d]eep down, this is essentially the age-old pauper labor argument that labor unions have repeatedly used to seek protection for labor-intensive industries in developed countries»<sup>19</sup>.

### **A. The dichotomy between MDCs and LDCs**

Generally speaking, MDCs protect CLS and SLS far better than LDCs, which increases their variable costs, thus increasing total production costs. LDCs protect labor standards quite poorly which accordingly enables them to streamline variable costs. Fixed costs for LDCs are also reduced because labor constitutes a substitute for certain types of capital expenditures. The savings in variable and fixed costs make LDCs more competitive on price than MDCs. Competitiveness is ultimately contingent on the price elasticity of demand, whereby some industries are far more elastic than others. This said, competitive prices help LDCs counter the better technology of MDCs, though a clear

---

17. *Busse, supra* note 6 at 7.

18. S. Cooney, «Testing Times for the ILO : Institutional Reform for the New International Economy» 20 :347 *Comp. Labor law & Pol’y Journal* 365 at 373 [hereinafter *Cooney*].

19. A. Panagariya, «Trade-Labor Link : A Post-Seattle Analysis» (June 2000), University of Maryland-College Park, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 15 March 2003) at 7 [hereinafter *Panagariya*].

imbalance is nonetheless apparent in favor of the latter. Developed States therefore want their underdeveloped counterparts to protect labor rights more extensively, which would make the former lose their competitive advantage. Such calls for the increased protection of labor rights superficially appear as «humane», but manifestly undermine the ability of LDCs to compete globally given their lack of technology and inadequate resources generally<sup>20</sup>. Not surprisingly, wage inequality between developing and developed countries has been steadily increasing over the past twenty years<sup>21</sup>. This wage divide will continue to exist until LDCs protect labor rights more extensively than they presently do.

IHRs have immense economic value, though not intrinsically so. For example, CLS proscribe child labor, yet this type of labor is inexpensive and substantially facilitates the streamlining of costs in the immediate future. «Since the employment of children accounts for over ten per cent of the workforce in some developing countries, the quantitative effect of child labour can be quite substantial»<sup>22</sup>. Unfortunately, most LDCs fail to consider the long-term detrimental economic consequences of child labor and its effect on the GDP. Human capital is in fact central to the productivity function in macroeconomics<sup>23</sup>. «Although education, training, and experience are less tangible than lathes, bulldozers, and buildings, human capital is like physical capital in many ways. Like physical capital, human capital raises a nation's ability to produce goods and services»<sup>24</sup>. A lack of education in society indisputably leads to a poorly skilled workforce having reduced productivity,

- 
- 20. P. Epifani & G. A. Gancia, «The Skill Bias of World Trade» (March 2002), Institute for International Economic Studies, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 20 March 2002) at 2 [hereinafter *Epifani & Gancia*]; T. Harcourt, «What About the Workers? Globalisation and Labour Markets» (2002), Australian Trade Commission, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 18 March 2003) at 1.
  - 21. *Epifani & Gancia, ibid.* at 2.
  - 22. *Busse, supra* note 6 at 13 [footnote omitted].
  - 23. Other relevant inputs are the quantity of labor, physical capital, natural resources and technological knowledge. See N. G. Mankiw *et al.*, *Principles of Macroeconomics*, Brief 2<sup>nd</sup> Canadian ed. (Toronto : Nelson, 2002) at 133-136.
  - 24. *Ibid.* at 134.

and their progeny will likely face similar dire circumstances<sup>25</sup>.

Furthermore, dependency theory is an analytical framework well used in international relations<sup>26</sup>. Dependency theorists argue that MDCs developed as a result of inexpensive labor and raw materials from LDCs, and would in fact argue that such exploitation continues on two fronts which are very relevant to our discussion. «The first is within individual businesses, where owners exploit and profit from the labor of their workers. In many respects, this level of analysis is similar and in some cases identical to Marxist interpretations»<sup>27</sup>. The second is that exploitation occurred and continues between developed and developing States<sup>28</sup>. This debate is important to keep in mind, as is its counterargument; modernization theory<sup>29</sup>. Economic studies of whether LDCs are at a comparative disadvantage to MDCs will now be analyzed.

---

25. Busse, *supra* note 6 at 13.

26. For a discussion of dependency theory, see generally : C. Furtado, *Development and Underdevelopment* (Berkeley : University of California Press, 1964); I. Wallerstein, *The Modern World System : Capitalist Agriculture and the Origins of the European World Economy in the Sixteenth Century* (New York : Academic Press, 1976); A.G. Frank, *Capitalism and Underdevelopment in Latin America* (New York : Monthly Review Press, 1967); L.A. Travis, ed., *Rekindling Development : Multinational Firms and World Debt* (South Bend, IN : University of Notre Dame Press, 1989); C. Colclough & J. Manor, eds., *States or Markets? Neo-Liberalism and the Development Policy Debate* (New York : Oxford University Press, 1991); S. Haggard, *Pathways from the Periphery : The Politics of Growth in the Newly Industrialized Countries* (Ithaca : Cornell University Press, 1990).

27. D.S. Papp, *Contemporary International Relations*, 5<sup>th</sup> ed. (Boston : Allyn and Bacon, 1997) at 482-83 [hereinafter *Papp*].

28. *Ibid.* at 483.

29. For a discussion of modernization theory, see generally : A.Y. So, *Social Change and Development : Modernization, Dependency and World-System Theories* (Newbury Park, CA : Sage Publications, 1990); J. Langer, *Theories of Development* (New York : Holt, Rinehart and Winston, 1969); M.O. Attir, B. Holzner & Z. Suda, eds, *Modernization Theory, Research, and Realities* (Boulder : Westview, 1981); B.L. Billet, *Modernization Theory and Economic Development : Discontent in the Developing World* (Westport, CO : Praeger, 1993).

## **B. Economic Studies**

Any study of comparative advantage must be taken lightly as there is «... little consistent evidence [and interpretations deriving therefrom] concerning the impact of labor standards and civil liberties on economic performance»<sup>30</sup>. Economists are split on this issue which results from the use of differing analytical models. Indeed, externalities such as technology and consumer preferences require economic analysis, which is beyond the scope of this paper.

Van Beers conducted a study where the relationship between exports and CLS of 18 OECD States was analyzed<sup>31</sup>. «... [H]e used a combined index of standards that includes employment protection rights, fixed term contracts, working time, minimum wages, and employees' representation rights»<sup>32</sup>. Van Beers concluded that stricter labor standards equate to decreased exports of capital and labor-intensive goods of skilled labor. It is therefore financially expedient, says Van Beers, for underdeveloped States to not protect labor rights<sup>33</sup>.

Mah conducted a study where exports, labor standards and ILO convention ratifications by 45 LDCs were compared and contrasted<sup>34</sup>. The freedom of association, protection against discrimination in the workplace, right to collective bargaining and abolition of forced labor was included in his list of labor rights. Like Van Beers, Mah concluded that a negative relationship exists between exports and higher labor standards<sup>35</sup>. The foregoing studies concluded that LDCs have a comparative advantage primarily for unskilled labor-intensive goods<sup>36</sup>. In corollary, MDCs are comparatively disadvantaged, though other factors tend to balance this out.

---

30. *Brown #1, supra* note 14 at 28.

31. C. Van Beers, «Labour Standards and Trade Flows of OECD Countries» (1998) 21 : 1 *World Economy* 57.

32. *Busse, supra* note 6 at 9.

33. *Ibid.*; *Brown #1, supra* note 14 at 26.

34. J.S. Mah, «Core Labour Standards and Export Performance in Developing Countries» (1997) 20 : 6 *World Economy* 773; *Brown #1, supra* note 14.

35. *Busse, supra* note 6 at 9; *Brown #1, supra* note 14.

36. *Busse, supra* note 6 at 14.

### III. Recent developments

The academic debate of labor rights in an ITL context is not a new phenomenon. «In 1890, for example, the United States banned the entry of foreign goods manufactured by convict labour»<sup>37</sup>. Similarly, the British government in 1897 banned goods produced from «... any foreign prison, gaol, house of correction or penitentiary»<sup>38</sup>. These concerns have come to the fore far more recently, specifically during the Uruguay Round of GATT where France and the US initiated discussions on it, to no avail. Similar results arose from the WTO conferences held in Singapore and Seattle in 1996 and 1999 respectively<sup>39</sup>.

#### A. Singapore Conference

At the first Ministerial meeting of this conference in December 1996<sup>40</sup>, «... the Clinton Administration claimed that its objective with regard to labor standards was only to signal U.S. workers that competition from low-wage countries would not be intensified due to the denial of basic human rights»<sup>41</sup>. It did not officially advocate the use of trade sanctions to punish States failing to comply with CLS, but rather attempted to demonstrate the compatibility of these rights with WTO rules<sup>42</sup>. American objectives were not met.

---

37. *Ibid.* at 5.

38. S. Charnovitz, «The Influence of International Labour Standards on the World Trading Regime : A Historical Overview» (1987) 126 : 5 Int'l. Labour R. 565 at 569-70; *Ibid.* at 5.

39. *Busse, supra* note 6 at 5.

40. *Levinson, supra* note 12 at 3.

41. D. K. Brown, «International Labor Standards in the World Trade Organization and the International Labor Organization» (December 1999), Tufts University, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 18 March 2003) at 3 [hereinafter *Brown #2*].

42. *Ibid.* at 3.

## **B. Seattle Conference**

The «official» American position changed immensely between the Singapore and Seattle conferences. On the one hand, it attempted to establish a relationship between the WTO and ILO. On the other hand and more importantly, the US asserted that it would seek trade sanctions against any State transgressing CLS<sup>43</sup>. The first was far easier to establish than the latter, which the LDCs rejected.

The Clinton administration pushed its ILRs agenda at the Singapore and Seattle conferences. However, the Bush (II) administration has not continued this foreign policy and America is no longer leading the charge to firmly entrench labor rights in the WTO<sup>44</sup>. Having now assumed this leadership role, the EU proposed the issue at the 2001 Doha conference. LDCs discarded this proposal on the basis «... that rich nations will seek to justify protectionist measures against foreign competition by alleging their rivals abuse [of] workers' rights»<sup>45</sup>.

## **IV. Protection Mechanism of ILRs**

### **A. Labor Standards in the ILO**

Since 1919, the ILO has in principle protected ILRs against a race to the bottom by advocating against corporate competition on the basis of labor<sup>46</sup>. Leary believes the ILO has been far more effective «... in comparison with the work of the UN Human Rights Commission»<sup>47</sup>. Unfortunately, the ILO has insufficient enforcement mechanisms and legitimacy issues to aptly protect ILRs by itself<sup>48</sup>.

---

43. *Ibid.*

44. *Busse, supra* note 6 at 5.

45. *Ibid.*

46. *Leary, supra* note 13 at 408.

47. *Ibid.*

48. J. Murray, «Corporate Code of Conduct and Labour Standards» in R. Kyloh, ed., *Mastering the Challenge of Globalization* (1998); *Cooney, supra* note 18 at 376.

## **i. Structural issues**

The ILO has a tripartite structure. States, employer and employee representatives are involved in the production of labor right norms<sup>49</sup>. This participatory dimension is different from other NGOs and some authors in fact argue the ILO is at the forefront of demonstrating that international actors other than States are also relevant in International Law. Though this may be true, developing States are pressuring to divide monitoring mechanisms of ILRs between the ILO and WTO, which significantly dilutes the ability of either entity to make any material difference. «Therefore, it is unlikely that the allocation of the labor monitoring task to the ILO...»<sup>50</sup> has improved overall enforcement of ILRs, or that it can do so in the foreseeable future without substantially revamping its structure.

## **ii. Steps taken by the ILO to protect ILRs in a nutshell**

The ILO protects CLS and SLS in primarily 8 conventions<sup>51</sup>. These are controversial, as is the ILO's very *raison d'être*. «Even though there is widespread agreement on the principles of these conventions, only 63 countries have ratified all eight,»<sup>52</sup> while States not having ratified these conventions pledged their «best effort» to promote ILRs<sup>53</sup>. We clearly see that SLS are particularly difficult to enforce, as they are not desired by most if not all LDCs<sup>54</sup>. The ILO has nonetheless made invaluable contributions to workers' rights throughout the world since 1919<sup>55</sup>. Something is ultimately better than nothing, but the ILO simply cannot have the effect a substantive WTO agreement with trade sanctions could have, unless its structure is dramatically revamped. This said, the ILO probably has the strongest enforcement mechanisms of all IGOs

---

49. Cooney, *supra* note 18 at 370.

50. Brown #2, *supra* note 41 at 8.

51. Busse, *supra* note 6 at 7.

52. *Ibid.*

53. World Trade Organization, «Trade and Labour Standards Subject of Intense Debate», online: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min99\\_e/english/about\\_e/18lab\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min99_e/english/about_e/18lab_e.htm)> (date accessed : 2 March 2003) [hereinafter *WTO #1*].

54. Leary, *supra* note 13 at 410.

55. Busse, *supra* note 6 at 7-8. See Table 1 for ratification figures.



and cannot be easily discarded<sup>56</sup>.

The ILO has taken two noteworthy steps since the 1996 Singapore conference towards protecting ILRs in ITL. First, it adopted the *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* and its follow-ups in 1998. «Under this declaration, ILO member governments endorsed some basic principles [also known as CLS] which are included in the core ILO Conventions»<sup>57</sup>. Hepper describes this as the most significant development towards the push to CCCs, which will be examined later<sup>58</sup>. Second, the ILO banned the most severe forms of child labor in 1999, which is defined as «... all forms of slavery, child prostitution and pornography, the use of children to traffic in drugs and work which is likely to harm the health, safety or morals of children»<sup>59</sup>. At the WTO ministerial Conference in 1996, Ministers asserted :

We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration<sup>60</sup>.

---

56. *Leary, supra* note 13 at 412.

57. *WTO#1, supra* note 53. «These conventions are the fundamental workplace rights including : freedom of association and recognition of the right to collective bargaining; elimination of all forms of forced labour; the effective abolition of child labour and the elimination of discrimination in hiring and employment practices.»

58. *Hepple #1, supra* note 5 at 355.

59. *WTO#1, supra* note 53.

60. *Ibid.*

### iii. Criticism

Cooney argues that the ILO is a tired organization lacking legitimacy<sup>61</sup>. He believes it archaic because the nature of the global economy has changed; yet its model of regulation founded on industrial capitalism has not<sup>62</sup>. He argues that it is well adapted to address the production of goods in assembly lines where competing interests are clearly identifiable, but is unfit to address the flexible and transnational nature of today's economy and its largest actor, the MNC. Massive increases in women in the workforce, part-time informal work and transnational corporations abandoning traditional assembly line production challenge the ILO's very existence<sup>63</sup>.

Cooney contends that the ILO is poorly structured and is replete with representational deficits. The organization is tilted in favor of the north and has real trouble in giving representational space to the LDCs. Moreover, it has a plethora of compliance concerns<sup>64</sup>, but to be fair to the ILO, these concerns apply to every IHRs body. «Neither the ILO nor any other international body, with the exception of the UN Security Council, has enforcement powers in the sense that one may speak of enforcement in a national legal system»<sup>65</sup>.

The US has never seen the ILO as an entity in which it can pursue its objectives. «Indeed, the United States withdrew from the ILO on three separate occasions : 1919-34, 1938-44 and 1977- 80»<sup>66</sup>. Certain authors argue that the US' threat to withdraw from the ILO and to shift labor standards to the WTO forces the organization to adopt labor policies in its favor<sup>67</sup>. These pressure tactics have translated to some success, such as the *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*<sup>68</sup> which goes so far as to obligate «... members who have

---

61. Cooney, *supra* note 18 at 367.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.* at 369.

64. Brown #2, *supra* note 41 at 7.

65. Leary, *supra* note 13 at 415.

66. Brown #2, *supra* note 41 at 22.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.* at 22; R. Senser, «Workers of the World, Globalize» (1999), Human Rights for Workers, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 20 March 2003).

not ratified the relevant conventions»<sup>69</sup> to respect CLS. Again, these developments must be distinguished from a positive and normative approach as few effective enforcement mechanisms exist.

The US has extensive influence in both the ILO and WTO, despite that this has translated to the better «theoretical» protection of ILRs. LDCs often question the ILO's political legitimacy because it is seen as the US' *alter ego*. This is particularly thorny because «[m]eaningful labor standards ... must be flexible and responsive to individual country conditions»<sup>70</sup>. Bhagwati argues that the American position on ILRs is unsustainable. First, the US' record is not scot-free. «Bhagwati cites the brutal treatment of migrant labor, inadequate and corrupt enforcement of U.S. labor law, wearing apparel sweatshops that employ female immigrant labor for low wages and long hours and the air traffic controller *union-busting* by the Reagan Administration»<sup>71</sup>. Second, the protection of labor rights should not be achieved via threats and coercion<sup>72</sup>.

Despite the foregoing failures and criticisms, the international community has for the most part agreed that ILRs are within the ILO's expertise which is founded on «... the social dimension of globalisation»<sup>73</sup>. Given this reality, CLS and SLS will likely continue to be on the agenda of certain MDCs for some time. The ILO has advanced ILRs significantly and must continue its work with assistance from the WTO and CCCs. In fact, «developing countries who ratify ILO conventions with regard to worker rights are more similar to their trade partners in terms of the characteristics that determine trade than are developing countries that do not ratify ILO conventions»<sup>74</sup>.

---

69. *Brown #2, ibid.*

70. *Ibid.* at 11.

71. *Brown #1, supra* note 14 at 41.

72. *Ibid.*

73. World Trade Organization, «WTO Ministerial Declaration, Doha, Qatar» (14 November, 2001), online : <<http://www-svca.wto-ministerial.org>> (date accessed : 22 March 2003) [hereinafter *WTO #2*]; *Busse, supra* note 6 at 5.

74. *Brown #1, supra* note 14 at 27.

## **B. International Economic Law**

The WTO enables the study of the intersection between ILRs and IEL. Until now, the WTO has not protected ILRs, as was previously discussed in the brief historical overview. The issue is whether IEL can adequately protect ILRs in its formulation of trade liberalization initiatives? Some authors believe that «... a realization increasingly shared throughout the world that the world economy, and world institutions, can be a better guarantee of rights and of prosperity than some governments»<sup>75</sup>.

The IMF's position is its power to evaluate a State's protection of ILRs when formulating monetary policies and loans to countries<sup>76</sup>. Labor rights proponents argue that the WTO should have agreed in Seattle to amend its rules requiring States to respect CLS, or face trade sanctions. Substantial debate exists whether trade sanctions would better protect labor rights, as many States indeed have enacted legislation in this regard. Effective implementation is rather the issue requiring redress. In most countries, «there are also laws against child labor but their enforcement remains beyond the means and ability of the government. It is unlikely that trade sanctions can significantly change this reality»<sup>77</sup>. The idea of trade sanctions suffered significant setback in Seattle, yet other possibilities exist. WTO rules do not require modification *per se*, but GATT 1994<sup>78</sup> and other ITL agreements can be read and constructed in light of CLS. This must not however be viewed as a disguised form of protectionism, which would render any such agreement *ab initio* nugatory. The current WTO framework will now be discussed.

---

75. H. James, «From Grandmotherliness to Governance : The Evolution of IMF Conditionality» (Finance and Development : 1998) in P. Macklem, *Class materials of International Human Rights Law*, v. 2. (Toronto, Fall 2002) at 479.

76. *Ibid.*

77. Panagariya, *supra* note 19 at 8.

78. *General Agreement on Tariffs and Trade*, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3 (entered into force 1 January 1995) [hereinafter *GATT 1994*].

### **C. Why the current WTO framework fails to protect CLS**

GATT 1994 must be modified to entrench market barriers restricting access to States failing to comply with CLS. There are no such prospects in the short-term, and unfortunately in the longer term as well. We will now discuss certain GATT 1994 provisions from a positive and normative perspective.

#### **i. Anti-dumping**

Article VI of GATT 1994 states that exports are subject to anti-dumping duties where goods are exported at sub-regular prices and the domestic consumers of an importing State suffer material injury. «It has been argued that selling products produced under sub-par working conditions constitutes *social dumping*»<sup>79</sup>. Anti-dumping measures can only be applied in two situations, which are currently deemed unrelated to CLS. First, where there is price discrimination and the retail price of goods are higher in one State than in another. Second, where goods are sold below their production costs<sup>80</sup>. Labor rights and anti-dumping duties can co-exist, but not as a matter of cause and effect but rather as the former being an indirect consequence of the latter<sup>81</sup>.

#### **ii. Countervailing duties**

Certain experts argue that CLS violations amounting to export subsidies should be subject to countervailing duties when an importing State suffers material injury. Article XVI of GATT 1994 would however require amendment were this contention accepted, as breaching CLS is currently not tantamount to such subsidizing<sup>82</sup>. Countervailing duties can only be applied where governments or public entities provide subsidies in «the form of ... financial

---

79. *Brown #2, supra* note 41 at 4. Social dumping «... refers to costs that are for their part depressed below a “natural” level by means of “social oppression” facilitating unfair pricing strategies against foreign competitors.» Quoted in : *Hepple, supra* note 5 at 347.

80. *Brown #2, ibid.* at 4.

81. *Ibid.* For a similar position, see T.N. Srinivasan, «International Trade and Labor Standards from an Economic Perspective» in P. van Dijck and G. Faber, eds., *Challenges in the New World Trade Organization* (Amsterdam : Kluwer Law International, 1996) 219.

82. *Brown #2, supra* note 41 at 5.

contribution[s]... [amounting to] an income support or a price support»<sup>83</sup> made to specific corporations and not to a country in general. «Therefore, poor labor standards that exist country-wide could not be considered specific to a subset of firms»<sup>84</sup>.

### **iii. General Exception Provisions**

GATT Article XX lists certain free trade exemptions, of which CLS are excluded. Their inclusion was in fact rejected during the Havana Charter's negotiations<sup>85</sup>. Brown and Maskus argue that «... trade barriers are almost never the optimal intervention where labor standards are concerned and frequently have adverse consequences»<sup>86</sup>. Article XX could arguably be amended to include minimal labor standards as a free trade exemption.

### **iv. Nullification and Impairment Provisions**

Article XXIII of GATT affirms that member-States can apply for dispute resolution when other members engage in activities nullifying GATT obligations or materially impairing them<sup>87</sup>. CLS are not within the ambit of this provision however, though they should be. An American attempt to do so was in fact specifically rejected in 1953<sup>88</sup>.

### **v. Opt-out Provisions**

GATT provides for opt-out provisions at Article XXXV, where WTO members can refuse to extend certain privileges to incoming members for whatever reason, including the failure to respect CLS, or even SLS<sup>89</sup>. As of

---

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

86. *Brown #1, supra* note 14 at 40; See K. Maskus, «Should Core Labor Standards be Imposed Through International Trade Policy?» (1997) World Bank Policy Research Working Paper No. 1817.

87. *Brown #2, supra* note 41 at 5-6. Despite the foregoing, member-States are encouraged to reach a mutually acceptable solution.

88. *Ibid.* at 6.

89. *Ibid.*

February 5, 2003, the WTO had 145 members and the number of States that will eventually join is quite limited for opt-out provisions to have any significant effect in the large scheme of things<sup>90</sup>. China's accession to WTO membership would have been an opportune moment to use this clause, given its history of rampant CLS violations<sup>91</sup>. A substantive WTO agreement must exceptionally make opt-out provisions retroactive with regard to CLS uniquely. Article XXXV could not receive general retroactive application because of the obvious chaos and disagreement ensuing therefrom.

#### **vi. Trade Policy Review Mechanism**

Labor rights can in principle be discussed during «... deliberations on export zones in the framework of the ...»<sup>92</sup> TPRM. Similarly to opt-out provisions, TPRMs cannot receive retroactive application that effectively preclude the protection of ILRs. Moreover, LDCs are against discussing labor rights in this context<sup>93</sup>. They rather argue that better labor standards arise from economic prosperity. «They say that if the issue of» CLS «became enforceable under WTO rules, any sanctions imposed against countries with lower labour standards would merely perpetuate poverty and delay improvements in workplace standards»<sup>94</sup>. LDCs may very well have a point on this, as anything imposed from the top-down is difficult to maintain, as opposed to grassroots developments being generally more stable. CLS discussions could of course take part in TPRMs if LDCs so agreed.

---

90. World Trade Organization, «The Organization Members and Observers», online : <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm)> (date accessed : 30 March 2003).

91. R.E. Scott, «China Can Wait : WTO Accession Must Include Enforceable Labor Rights» (May 1999), Economic Policy Institute, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 20 March 2003).

92. *Brown #2*, *supra* note 41 at 6.

93. *Ibid.*

94. *WTO#1*, *supra* note 53.

**vii. WTO Structure**

«... [T]he WTO is ... a multi-task agency controlled by multiple principals»<sup>95</sup>. Its primary role is to monitor the compliance of members with ITL. It is not particularly keen to address contentious issues the likes of ILRs because of imminent conflict between member-States which ultimately damages its all-important legitimacy. «The agency may have reservations concerning the enforcement of labor standards because they are not obviously related to the original mission of fostering free international trade»<sup>96</sup>. Nonetheless, they are tangentially related and require address. Unlike NAFTA<sup>97</sup>, GATT 1994 currently has no mechanism for handling investor complaints, as only States can institute legal action. Similarly, the WTO can only authorize the imposition of trade sanctions on States. It is currently antithetical to ITL for corporations themselves to face trade sanctions. Imposing trade sanctions on States who then sanction corporations is an extremely complicated endeavor, given that MNCs have global operations<sup>98</sup>. Apportioning State liability would be ridiculous because of the intrinsic complexity of this process.

From the foregoing, we see that current GATT rules do not allow for the substantive protection of ILRs. Nonetheless, a WTO agreement would comprise the following general guidelines (other than those already mentioned) in the improbable eventuality that current circumstances fundamentally changed and an agreement was concluded.

**D. General Guidelines for a potential WTO agreement**

Like all ITL agreements, it would be a highly complex process for the WTO to substantively protect labor rights. Nonetheless, Brown argues that :

There is no reason in principle why the culture of the WTO could not set

---

95. Brown #2, *supra* note 41 at 14.

96. *Ibid.*

97. *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of Mexico and the Government of the United States*, 17 December 1992, Can. T.S. 1994, No. 2, 32 I.L.M. 289 (entered into force 1 January 1994).

98. See Figure 4.1 demonstrating the complexity of corporate organizational structures.



different standards and enforcement mechanisms for trade and labor standards. The problem, however, is that the United States, in particular, cannot credibly pre-commit not to try to interpret poor labor practices in terms of the trade discipline equivalent. If the United States were to succeed, the harsh and rigid rules governing international trade would be applied inappropriately to labor standards<sup>99</sup>.

It is imperative for any agreement to not be viewed as a market barrier tantamount to protectionism and in breach of ITL. Any measure protecting CLS must therefore use the least restrictive means, which revolves around proportionality. Similarly, the enacting State must treat those adversely affected by its measures equally, all the while considering real differences and modifying its trade policy accordingly. Differences would be adjudicated in a process founded on procedural fairness and natural justice.

A link can be made between the WTO and CCCs. A procedure could exist whereby States are deemed innocent until corporations are proven in violation of their CCCs. This ensures uniformity, all the while having some form of targeted soft-regulation. Presumably, a semi-public procedure enabling NGOs and investors to make allegations would exist, leading to a hearing and decision upon demonstration of probable cause. Before a decision is rendered, an opportunity for a corporation to negotiate an effective remedy is necessary. Moreover, a State could not unilaterally impose a market barrier. It would rather have the duty to negotiate with States detrimentally affected by its measures. A transition period would be necessary such that those affected have sufficient time to adjust their labor infringing trade practices. Similarly, a State imposing CLS for the production of certain goods must offer technical assistance to facilitate compliance.

Under current WTO rules, intrinsically alike products fabricated differently cannot receive dissimilar treatment. To do otherwise, so the rules hold, constitutes protectionism. An argument can be made where no deviation from CLS is tolerated, as these constitute baseline production costs that cannot be streamlined. More importantly, this distinction would not be subject to anti-

---

99. *Brown #1*, *supra* note 14 at 39.

dumping duties. This was the issue in the *Tuna* case<sup>100</sup>, where a distinction was drawn between the product itself and its production process. Unfortunately, the WTO appellate body rejected this argument and makes no distinction between products fabricated by free and slave labor, which is inherently disturbing from a normative perspective. Had this argument been accepted, CLS protection *would have* been significantly transformed. The WTO appellate body makes a fragile distinction in several ways and scholarship is questioning it. «Would have» is clearly the key term in *Tuna*. A potential WTO agreement should adopt the position rejected by the WTO appellate body.

The WTO appellate body rejected another interesting argument in the *Shrimp Turtles* case<sup>101</sup>; it was argued that a member-State could discriminate against another State's products based on its regulatory framework. US law conditioned market access for shrimp from certain jurisdictions, where shrimp fishermen could sue corporations producing technology trapping sea turtles in nets. Such regulation was held inconsistent with GATT obligations. The decision spells out circumstances where a State could make such regulatory distinctions, which represents the politicization of labor rights and trade agreements. From a legal perspective, these issues are quite open and are not as closed as the debate in Seattle depicted. This is particularly so because *stare decisis* does not apply in ITL. The WTO dispute settlement body could easily adjudicate the same issues raised by *Tuna* and *Shrimp Turtles* differently, in support of CLS. In fact, «... WTO law continues the evolution toward a process governed by rules driven by real treaty obligations»<sup>102</sup>.

These general guidelines require member-States to enact domestic legislation that conditions market access on the respect of CLS. Within this same

---

100. *United States of America—Restrictions on Imports of Tuna (Complaint by Mexico)*, GATT DS21/R, Report of the Panel, 3 September 1991; *United States of America—Restrictions on Imports of Tuna (Complaint by European Community)*, GATT DS29/R, Report of the Panel, June 1994.

101. *United States of America—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Complaint by India, Pakistan, Thailand)*, Report of the Panel, WT/DS58/R, 15 May 1998; *United States of America—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Complaint by India, Pakistan, Thailand)*, Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998 [hereinafter *Shrimp Turtles*].

102. *Brown #2*, *supra* note 41 at 12.

conception, we can also imagine a framework where domestic law obliges MNCs producing or selling goods respectively within or from a particular State to meet WTO standards. This is quite relevant in the context of CCCs. This proposal, which is quite similar to *Shrimp Turtles*, is where the future of the trade labor debate is going. The CCC will now be analyzed.

### **E. The Corporate Code of Conduct**

Presently, we are at the genesis of an era where MNCs are beginning to possess obligations at International Law. They comprise some of the world's largest economies and in corollary, have the proportionate influence accompanying this<sup>103</sup>. The regulation of MNCs therefore has potential to ameliorate CLS. CCCs are forms of private regulation adhered to by corporations throughout their worldwide operations. Their emergence is due to several reasons<sup>104</sup>. First, they «... are a response to public pressure from consumers, investors, trade unions, and NGOs»<sup>105</sup>. Being intrinsically transnational in nature, CCCs flexibly follow and regulate corporations wherever they produce goods. Their emergence demonstrates the privatization of regulation, where there is a «... retreat from public international labor law, embodied above all in the Convention and Recommendations of the ILO ...»<sup>106</sup>

Second, many managers believe better labor standards are actually profitable, despite that they seem *prima facie* more expensive. Benefits include increased employee morale, fewer accidents and sick leave, lower employee turnovers and better product quality<sup>107</sup>. It is well known in organizational behavior that happy workers are more efficient workers. Examples such as the Hawthorne Studies indicate improved employee performance with increased management presence and support<sup>108</sup>. Increased employee productivity can

---

103. See Table 4.1.

104. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 355.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.* at 353.

107. *Ibid.* at 355.

108. S.L. McShane, *Canadian Organizational Behaviour*, 5<sup>th</sup> ed. (Toronto : McGraw Hill-Ryerson, 2004) at 4; F.J. Roethlisberger & W.J. Dickson, *Management and the Worker : An Account of a Research Program Conducted by the Western Electric Company*, (Chicago : Hawthorne Works, 1939); K.E. Klare, «The Labor-Management Cooperation Debate : A

augment consumer confidence in a company and its products, which consequently increases sales<sup>109</sup>. Of course, everything is a question of degree. At some point, better working conditions become unprofitable.

Third, CCCs «... can be used to strengthen the power of central management»<sup>110</sup>. This enables corporate headquarters to dictate to subcontractors which labor standards must be peremptorily respected and is part of the «... monitoring process which leads to better product quality»<sup>111</sup>. Such increased power benefits contractors by standardizing practices, as it protects against a race to the bottom that creates unfair competition and violates CLS<sup>112</sup>.

Fourth, the *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* is a voluntary document having follow-up procedures, but without sanctions<sup>113</sup>. Signatory States recognize the implementation difficulties and recognize at paragraph five that : «[L]abour standards should not be used for protectionist purposes, and that nothing in this Declaration and its follow-up shall be invoked or otherwise used for such purposes; in addition the comparative advantage of any country should in no way be called into question by the Declaration and its follow-up.»

Fifth, the emergence of CCCs demonstrates the failure of the public realm. They surfaced as a result of a historical process of privatization that arose from the success of capitalism. The traditional domestic rationale was the distrust States had of self-regulating corporations, which eventually led to State responses. The question is whether privatizing regulation will bring us back to where we started, which is akin to the «fox in the henhouse» analogy. This issue can however be addressed when CCCs, domestic legislation, international standards, ILO conventions and hopefully eventual WTO labor standards complement one another. This paper does not argue that CCCs should or can

---

Workplace Democracy Perspective» (1988) 23 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 39 at 63.

109. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 355.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*; G. Van Lient, «Codes of Conduct and International Sub-Contracting : A Private Road Towards Ensuring Minimum Labour Standards in Export Industries» (1999) (unpublished paper, Conference on Multinational Enterprises and Social Challenges in the 21<sup>st</sup> century).

113. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 356.

exist unaccompanied. Conventions and domestic legislation are clearly useful from a normative and hopefully positive approach<sup>114</sup>. «In some cases employers actually prefer to have standards imposed because they constrain the behavior of some of their less scrupulous competitors. In other cases, firms use domestic standards in their foreign operations to avoid the critique that they are shopping for low standard locations ...»<sup>115</sup> There have been several failed attempts to create effective regimes that protect ILRs under traditional mechanisms. The MAI, for example, has proved futile<sup>116</sup>. CCs are fairly recent phenomena and «[r]esearch into the rapidly proliferating number of private corporate codes is [currently] in its infancy»<sup>117</sup>. The ILO has determined the existence of 12 social labeling programs and 215 CCCs<sup>118</sup>, the U.K. Department For International Development found 18 U.K. CCCs<sup>119</sup>, and the OECD ascertained the existence of 182 codes<sup>120</sup>.

#### **i. Transnational flexibility**

It is trite law that States can uniquely regulate corporate activities within the confines of their borders. The fact nonetheless remains that domestic

---

114. *Papp*, *supra* note 27 at 103.

115. *Brown #1*, *supra* note 14 at 35. See for further discussion : J. Bhatwati, «Trade Liberalisation and “Fair Trade” Demands : Addressing the Environmental and Labour Standards Issues» (1995) 18 : 6 *World Economy* 745; S. Charnowitz, «Promoting Higher Labor Standards» in B. Roberts, ed., *New Forces in the World Economy*, Washington Quarterly Reader Series (Cambridge and London : MIT Press, 1996) 403.

116. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 356-57; S. Picciotto, «A Critical Assessment of the MAI» in P. Picciotto & R. Mayne, eds., *Regulating International Business : Beyond Liberalization* (New York : St-Martin’s Press, 1999) 82. See generally L. Compa, «The Multilateral Agreement on Investment and International Labor Rights : A Failed Connection» (1998) 31 *Cornell Int’l. L.J.* 683.

117. *Hepple #1*, *ibid.* at 357.

118. International Labour Organization, Governing Body 273<sup>rd</sup> Session, *Overview of Global Developments and Office Activities Concerning Corporate Codes of Conduct, Social Labelling and Other Private Sector Initiatives Addressing Labour Issues* (ILO, GB.23/WP/SDL/1, 1998); *Hepple*, *supra* note 5 at 357.

119. C. Ferguson, *U.K. Department for International Development, Social Development Division, A Review of U.K. Company Codes of Conduct* (1998); *Hepple*, *supra* note 5 at 357.

120. Organization for Economic Cooperation and Development, Working Party of the Committee, *Codes of Corporate Conduct : An Inventory* (OECD TD/TC/WP (98) 74, 1999); *Hepple*, *supra* note 5 at 357.

legislation generally lacks the extra-territorial reach which explains its ineffectiveness in a global economy<sup>121</sup>. Contrarily, CCCs do not «stop at the border,» so to speak. Robert Bork once observed that certain corporations are so powerful that they «... could ignore American laws, sometimes with impunity»<sup>122</sup>. Corporate practices are extremely complex nowadays, and regulation must adapt to this reality<sup>123</sup>. Generally speaking, «[l]abor practices in foreign plants are broadly similar to their domestic labor standards»<sup>124</sup>. This partly explains why a well-drafted CCC, supplemented by other regulatory instruments, is useful.

## ii. The Ideology of Corporatism

Corporatism as an ideology cannot be ignored. First, numerous States have lax labor standards to lure foreign investment. Second, certain States have *prima facie* stringent and effective rules, which are ignored to promote the investment of MNCs<sup>125</sup>. «Because of their size, MNCs wield impressive economic, political, and social power. It does not matter whether that power is sought or unsought ... it exists ... In an economic sense, multinational corporations can make or break a local economy, and in the cases of smaller States, even a national economy»<sup>126</sup>. One initiative that has attempted to counteract these realities is the NAALC. This has been more of a political tool than a looming sanction and has had modest results. It has raised «... public awareness and political cooperation, strengthening cooperation between labor rights advocates»<sup>127</sup>.

Corporatism is replete with repercussions for ILRs. It is premised on David Ricardo's law of comparative advantage. In its simplest form, the law asserts that it is advisable for States to specialize in the production of goods where they are most competitive. States thereafter trade for goods where they

---

121. There are certain exceptions, notably in criminal law.

122. *Papp*, *supra* note 27 at 103.

123. See Figure 4.1.

124. *Brown #1*, *supra* note 14 at 34-35.

125. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 362.

126. *Papp*, *supra* note 27 at 98.

127. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 362; L. Compa, «NAFTA's Labour Side Agreement Five Years On : Progress and Prospects for the NAALC» (1999) 7 Cdn. Lab. & Employment L.J. 1.

are uncompetitive<sup>128</sup>. This optimizes overall production and market efficiency by preserving valuable resources. Minimizing costs, which maximizes profitability is obviously integral to the financial objectives of MNCs. They have the ability of massive inter-jurisdictional movement and have become especially successful by moving to low-labor-cost areas<sup>129</sup>. Many States, such as Singapore and Taiwan have had immense economic growth because MNCs have taken advantage of their low labor-costs<sup>130</sup>.

### iii. Regulatory precision

CCCs can potentially identify with surgical precision what institutions the likes of the ILO cannot. The CCC is a hyper-delineated regulatory instrument specific to a particular corporation.<sup>131</sup> General regulation meant to encompass all MNCs is less effective because it fails to regulate the specificities of particular industries, number of employees, infrastructures, business organizations, corporate culture, and so forth. The ILO, for example, creates rules to encompass CLS and SLS at a very abstract level throughout the world, which is why it can never, in principle, rival a well-drafted CCC.

---

128. A. Blackett, «Mapping the Equilibrium Line : Fundamental Principles and Rights at Work and the Interpretive Universe of the World Trade Organization» (2002) 65 Sask. L. Rev. 369, online : QL (GDB) at para. 8; D.M. McRae, «The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law» in *Recueil des Cours : Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1996, vol. 260 (Boston : Martinus Nijhoff, 1997) at 111.

129. Papp, *supra* note 27 at 98.

130. *Ibid.*

131. Hepple #1, *supra* note 5 at 359.

#### iv. Consumer attention

CCCs provide incentives for corporations to compete for consumer attention, which is certainly one of its most noteworthy advantages. They involve an element of marketing and branding, such that corporations compete for the better code to receive consumer allegiance<sup>132</sup>. This competition is not necessarily applicable in all cases, though its theoretical rationale is significant. «A race to the top» can occur as consumers are more attuned to the type of code being used, in addition to the type of values it enforces<sup>133</sup>. Corporations seek to create the most visibility for their CCCs and practices ensuing therefrom. Business practices will never be as important as products themselves, but may nevertheless be representative in the long-term of what a corporation stands for, and even more important, what it should stand for. For example, environmentally conscious investors having the choice are more likely to invest in environmentally friendly products than not. Corporations are obviously open to move in new directions to satisfy their consumer bases, which, to expound the obvious, constitutes their market power. CCCs may very well be determinative for certain consumers, resulting in significant sales in their aggregate sum. They are also vital in light of increasingly homogenized consumer tastes because many goods have similar production mechanisms<sup>134</sup>. Better practices in one area can therefore improve an entire industry's production methods, thus leading to cost savings through increased economies of scale.

It is well known in business that an asymmetry of information exists in the market<sup>135</sup>. Corporations accordingly seek to differentiate themselves from competitors by sending signals to consumers<sup>136</sup>. These cost millions and are economically sound decisions. Advertising, celebrity product support,

---

132. H. Arthurs, «Labour Law Without the State» (1996) 46 U. Toronto L.J. 1 at 45.

133. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 350. See M. Barenberg, *Globalization and Labor Law : Legal and Extra-legal Norms Across Multiple Regimes* (Japan/US/EU Joint Research in Labor law : Response to New Challenges in the 21<sup>st</sup> century, 1998).

134. *Papp*, *supra* note 27 at 100.

135. R.S. Pindyck & D.L. Rubinfeld, *Microeconomics*, 4<sup>th</sup> ed. (Upper Saddle River, NJ : Prentice Hall, 1998) at 617 [hereinafter *Pindyck & Rubinfeld*].

136. *Ibid.* at 624. Michael Spence first developed this theory : M. Spence, *Market Signaling* (Cambridge, MA : Harvard University Press, 1974).



guarantees, warranties<sup>137</sup>, certifications<sup>138</sup> and CCCs are examples of such signals. CCCs provide consumers with much needed information and enable them to differentiate lower-level products from higher-level products<sup>139</sup>. A *fortiori*, consumers faced with two products of equal quality will purchase the one whose manufacturer follows a better CCC in light of labor standards, *inter alia*. Of course, the foregoing is contingent on consumers actually knowing which company manufactures a particular product and knowing its labor policy. This is generally not problematic as companies can brand and advertise their products as «child or forced labor free» or «generous wages paid to laborers.» In fact, Freeman provides evidence in his study, where «... product labeling as a strategy to improve working conditions for foreign workers»<sup>140</sup> has worked quite well.

#### **v. Increased responsiveness**

A company's power is predicated on consumer support. The ability to earn revenues is materially reduced if it loses this by way of a long-term boycott or reduction in sales<sup>141</sup>. CCCs have the potential of initiating social change to a certain degree and under specific conditions, as they enhance responsiveness to consumer wishes and consequently have the potential for profit maximization. Corporate behavior can be altered far more quickly through CCCs than traditional forms of regulation. The effectiveness of these codes is dependent on how they procure the attentiveness of corporate actors, whether it is for fear or in response to public pressure. CCCs are most effective when corporations dedicate extensive time to such exogenous considerations.

---

137. *Ibid.* at 628.

138. D.K. Brown, «Can Consumer Products Labels Deter Foreign Child Exploitation?» (July 1999), Tufts University, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 31 March 2003) at 25 [hereinafter *Brown #3*].

139. *Pindyck & Rubinfeld, supra* note 135 at 622.

140. R. Freeman, «A hard-headed look at labor standards, in : International labor standards and global economic integration : Proceedings of a symposium» (U.S. Department of Labor, Bureau of International Labor Affairs : Washington, D.C., 1994) at 2 [hereinafter *Freeman*].

141. *Hepple #1, supra* note 5 at 355.

**vi. Potential State assistance?**

ILRs would be promoted if States provided financial incentives for MNCs to draft and duly enforce CCCs, which would push corporations to adopt these. Obviously, this issue represents the same dichotomy between MDCs and LDCs as we saw in the aforementioned ILO and WTO contexts. The former States will be more open to do so than the latter because of their respective economic positions. State assistance therefore seems unlikely from LDCs.

The credibility of a CCC depends on two things. On the one hand, how the code is drafted and interpreted and on the other hand, its monitoring and enforcement mechanisms<sup>142</sup>.

**vii. Drafting and Interpretation**

As has already been mentioned, there is no standard-form CCC since it must address a corporation's specificities. One question worth asking is whether «... the code [is] a genuine attempt to change corporate behavior or is it simply a public relations exercise»<sup>143</sup>. It is helpful to look at whether the company unilaterally adopted the CCC, or whether it was negotiated with NGOs or unions in a bargaining process of *quid pro quo*<sup>144</sup>.

---

142. *Ibid.* at 358.

143. *Ibid.*

144. *Ibid.*

**viii. Monitoring and Enforcement**

This is the main criticism of CCCs, and International Law as a whole. Corporations may have drafted a superb code that is on the vanguard of labor right protection in a specific industry, but really means nothing at all because it is not duly enforced or monitored<sup>145</sup>. Workers must have reporting mechanisms readily available against the corporation, presumably through some kind of independent monitor. This person must not be a government official, for fear of collusion between State governments and corporations. Even if an independent monitor is named, the question arises who will monitor the monitors? This thorny issue directly relates to the dichotomy between norm setting and enforcement. For any effective regime, procedural assurances are required and critics argue that these are ultimately ineffective for CCCs. This kind of monitoring will only be effective if the monitor is independent both from the corporation and those who adjudicate the code.

Monitoring mechanisms must include : «... training and incentives encouraging managers to comply (e.g. performance bonuses); ... sanctions on those who do not comply»<sup>146</sup>; some form of objective auditable standards with very precise and circumscribed objectives; verifications that an adequate monitoring system exists<sup>147</sup>. An OECD study concluded that corporations seldom deal with enforcement issues, «... and of those that did so, almost all stated that in house staff would monitor compliance»<sup>148</sup>. Moreover, CCCs rarely have material sanctions. The study concluded that the few CCCs that did mention sanctions referred to «... working with suppliers or business partners to make improvements»<sup>149</sup>. CCCs as they stand today are therefore substantively toothless due to lax monitoring and enforcement mechanisms. This has striking semblance to the ILO's criticisms, particularly because CCCs are often well

---

145. G. Van Lient, «Codes of Conduct and International Sub-Contracting : A Private Road Towards Ensuring Minimum Labour Standards in Export Industries» (1999) (unpublished paper, Conference on Multinational Enterprises and Social Challenges in the 21<sup>st</sup> century); *Hepple #1*, *supra* note 5 at 359.

146. *Hepple #1*, *supra* note 5.

147. *Ibid.* at 359-60.

148. *Ibid.* at 359.

149. *Ibid.* at 360.

drafted.

#### **ix. Miscellaneous criticisms**

Certain critics argue that CCCs are transitory commitments addressing the flavor of the month, so to speak. Moreover, democratic concerns arise where corporations are consumer regulated as opposed to regulation founded on *demos* and *kratos*. But as was previously mentioned, CCCs render jurisdictional distinctions trite and domestic legislation has until now had minimal success to regulate corporate activity. Furthermore, certain corporations within a specific jurisdiction may be regulated by CCCs where as others will not. This checkerboard regulatory framework may in principle lead to a race to the bottom. Legislation, conventions and public pressure fortunately protect against this. It cannot be emphasized enough that CCCs cannot exist by themselves. The transnational character of CCCs may at times constitute liabilities because they are produced in a certain State and applied throughout the world. It is often argued that CCCs «... tend to export the American conceptions of corporate social responsibility»<sup>150</sup>. This further adds to a checkerboard regulatory framework where uniquely Western values are perpetuated, thus further exacerbating north-south and east-west conflicts. However, certain values, including CLS, are deemed universal and must be respected, independent of such distinctions.

#### **x. Viability of Solution**

As we saw, CCCs lack enforcement mechanisms like most aspects of International Law. It was nonetheless demonstrated that they have numerous advantages that simply cannot be neglected. The ILO similarly has no coercive component in the strict sense, yet most experts agree that it has nonetheless substantially bettered the status of ILRs over its 95 year existence, without applying over-exacting standards. This paper argues that CCCs must be viewed in the same manner. It is true that the CCC is a form of soft-regulation, but its international effects are manifest. Accordingly, International Law is the forum

---

150. *Ibid.*; C. McRudden, «Human Rights Codes for Transnational Corporations : What Can the Sullivan and MacBride Principles Tell Us?» (1999) 19 Oxford L. Legal Studies 167 at 175.

in which a solution must be devised and legitimacy and enforcement difficulties are at the core of this debate. To say that CCCs are intrinsically illegitimate is to place the entire state of International Law, with all its achievement, into disrepute. They present a feasible interim solution because they are well adapted to contemporary economic conditions. Clearly some MNCs will follow them and others will not. Although exploitive corporate practices are frustrating, the aim of CCCs as a regulatory instrument must be to better the status of ILRs in general, despite non-compliance setbacks from many MNCs. Again, the ILO functions on this premise and has achieved many accolades.

Ultimately, consumers control MNCs and must be made aware of their practices. NGOs are extremely important in this regard. They generate information that enters the «marketplace of ideas»<sup>151</sup> which creates public awareness and enables consumers to take enlightened decisions. A company is only as strong as its consumer base and CCCs present looming threats over MNCs. Freeman «... argues that a market failure exists if western consumers have a private disutility for consuming goods produced under poor or dangerous working conditions. Such a market failure can be remedied if consumers are offered the opportunity to pay a premium for goods produced in a safer and more tolerable work environment»<sup>152</sup>. Prevention is fundamental, as opposed to addressing ex post unsalvageable business cataclysms. NGOs must press MNCs for «[c]onsumer product labels [which] provide an appealing method to allow consumers to express their preference for and to pay for tolerable working conditions»<sup>153</sup>.

## CONCLUSION

Labor standards are not yet within the purview of the WTO, and will likely not be except perhaps in the very long-term. Simply put, trade sanctions for CLS violations equate to protectionism and the bifurcation between MDCs and LDCs will grow, with nothing to close this rift. States adopt their economic policies because their particular positions so dictate and would diametrically

---

151. To use Holmes J.'s expression in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

152. *Brown #3*, *supra* note 138 at 2; *Freeman*, *supra* note 140.

153. *Brown #3*, *ibid.* at 2.

alter them in the eventuality that their economic positions changed significantly. This is unadulterated pragmatism, which really reflects the complexity of ITL; States often say not what they mean. MDCs and LDCs wish to do their best with the cards they are dealt, so to speak, and respectively being proponents and opponents of CLS achieves these ends.

Despite the fact that WTO rules do not currently regulate CLS, «... some WTO member governments in Europe and North America believe that the issue must be taken up by the WTO in some form if public confidence in the WTO and the global trading system is to be strengthened»<sup>154</sup>. Presumably, having rights within the WTO's ambit would ameliorate CLS and varied SLS worldwide. Certain WTO member-States have suggested and continue to suggest that a task force study the relationship between CLS and trade. This proposal is contentious and has been rejected several times<sup>155</sup>. The WTO is not intrinsically well positioned to enforce CLS. «[T]he denial of market access on the basis of allegations of social dumping would be extremely difficult to apply because the GATT requires that any restriction be applied in a manner that would not constitute arbitrary or unjustified discrimination»<sup>156</sup>. There must similarly be proportionality between measures used to restrict trade and the end to be achieved<sup>157</sup>. Most LDCs currently assert that denying market access for failure to respect CLS cannot pass these tests.

The ILO is not capable of protecting and enforcing ILRs by itself. Its conventions have undoubtedly bettered the protection of CLS, but this has been more on a voluntary basis than anything else, notwithstanding convention ratifications. Many States ratify conventions because of political opportunism, but are truly *mala fides* in their intentions. Similarly, domestic legislation is a barrier to certain activities of MNCs, yet is ultimately negligible in the vast horizon of things. Labor standards do not exist in a vacuum. «Many developing countries do recognize the need for raising labor standards. Child labor in India is a case in point. To begin with, poor parents love their children just as much

---

154. *WTO#1*, *supra* note 53.

155. *Ibid.*

156. *Hepple #1*, *supra* note 5 at 349.

157. B. Hepple, «New Approaches to International Labour Regulation» (1997) 26 *Indus. L.J.* 353 at 361.

as the rich ones. They send their children to work not out of wickedness but sheer economic necessity»<sup>158</sup>. It is unfortunate that disparities in wealth exist, yet poverty has been a problem since the first days of humanity.

Given the failures of ITL to protect ILRs, we see that States are poorly positioned to properly regulate MNCs. George Ball once mentioned that they are «... very old-fashioned idea[s] ... badly adapted to our present world»<sup>159</sup>. On the other hand, MNCs are «... modern concept[s], designed to meet modern requirements»<sup>160</sup>. Something new and different is necessary to address this peculiar but inevitable reality, and CCCs present a viable interim solution; until a substantive WTO agreement is concluded.

The advantage of CCCs is that they are as flexible, transnational and as international as a corporation may be. They are highly targeted regulatory instruments aimed at a specific corporation and not States themselves, which is trade promoting. CCCs are obviously problematic in certain regards, most notably in terms of enforcement. Despite the fact that numerous MNCs may not enforce what they say, CLS will nevertheless be materially advanced by those that do follow their CCCs. Consumer pressure is extremely important to keep MNCs in check, as are IGOs and NGOs, *inter alia*.

Michael Moore, WTO Secretary-General once stated that «[i]nstitutions like the WTO are owned by sovereign governments. We don't tell governments what to do. They tell us what to do»<sup>161</sup>. Accordingly, CLS can be protected only with *sufficient political will*, which is obviously not the current case. Any attempt to protect CLS is seen as disguised protectionism, as can be seen in the *Tuna* and *Shrimp Turtles* cases. The WTO and CCCs need not be mutually exclusive however, and interaction can take place between the two. This would

---

158. Panagariya, *supra* note 19 at 8.

159. R. J. Barnett & R. E. Muller, *Global Reach : The Power of the Multinational Corporations* (New York : Simon & Schuster, 1974) at 16.

160. *Ibid.* at 19.

161. R. Senser, «Globalization and the WTO : What's at Stake for Canada, and What We Can Do About It» (December 2000), CAW/Quebec Council, online : <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/laborpaper.html>> (date accessed : 20 March 2003).

be salutary but is contemporarily illusory. However, Rodrik notes that «[f]ree trade among countries with very different domestic practices requires either a willingness to countenance the erosion of domestic structures or the acceptance of a certain degree of harmonization (convergence)»<sup>162</sup>. Different ways of thinking may very well lead to a WTO agreement after all, however improbable this may seem today. We can only hope for the sake of human rights.

---

162. D. Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?* (Washington, D.C. : Institute for International Economics, 1997) at 37.



## APPENDIX

Table 1: Ratification of ILO Fundamental Labour Standards (as of November 2001)

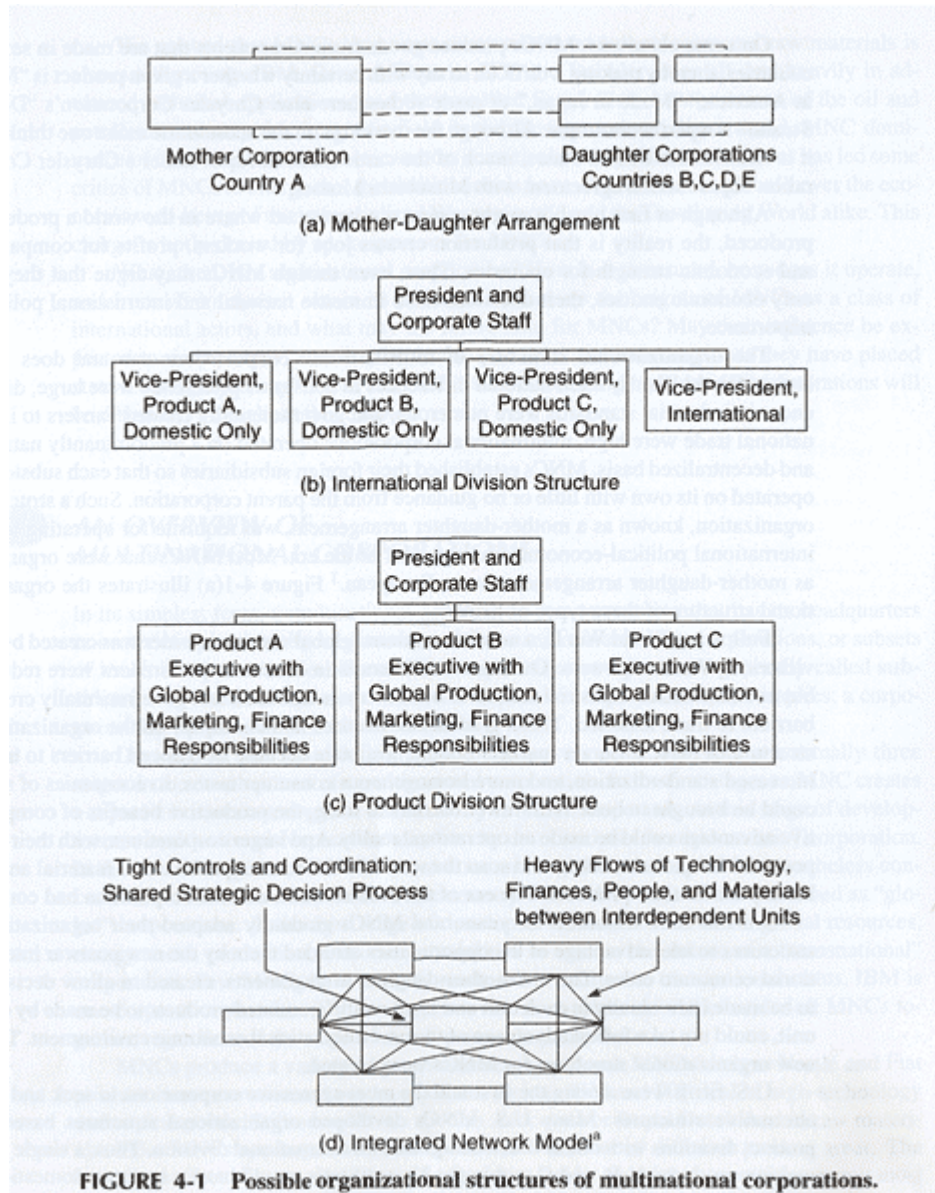
ILO Convention	Number of countries having ratified the convention
<u>Union Rights</u>	
(1) Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87)	138
(2) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)	150
<u>Forced Labour</u>	
(3) Forced Labour Convention, 1930 (No. 29)	159
(4) Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)	157
<u>Child Labour</u>	
(5) Minimum Age Convention, 1973 (No. 138)	115
(6) Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182)	106
<u>Discrimination</u>	
(7) Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100)	154
(8) Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)	152

Source: ILO (2001b).

**TABLE 4-1 The World's 100 Largest Economic Units, 1994 (\$U.S. Billions)**

1. United States	6379	36. General Motors	155	Tomen	70
2. China	2610	37. Sweden	154	70. Israel	66
3. Japan	2549	38. Marubeni	150	71. General Electric	65
4. Germany	1331	39. Switzerland	149	72. United Arab Emirates	64
5. India	1170	40. Malaysia	141	Romania	64
6. France	1050	41. Egypt	139	Daimler-Benz	64
7. UK	980	42. Austria	134	IBM	64
8. Italy	968	43. Ford Motor	128	76. Belarus	61
9. Brazil	785	44. Bangladesh	122	77. Kazakhstan	60
10. Russia	775	45. Hong Kong	119	Mobil	60
11. Mexico	740	46. Exxon	102	79. Nissan Motor	58
12. Canada	618	47. Nissho Iwai	101	80. Hungary	57
13. Indonesia	571	48. Chile	96	81. Nichimen	56
14. Spain	498	49. Denmark	96	Kenematsu	56
15. South Korea	424	50. Nigeria	95	83. Dai-Ichi Mutual Life	55
16. Australia	340	Royal Dutch/Shell		Sears Roebuck	55
17. Thailand	323	Group	95	85. Sri Lanka	54
18. Turkey	312	52. Greece	93	Uzbekistan	54
19. Iran	303	53. Portugal	92	Philip Morris	54
20. Netherlands	263	54. Norway	90	88. New Zealand	53
21. Pakistan	239	55. Algeria	89	89. Chrysler	52
22. Taiwan	224	56. Toyota Motor	88	90. Siemens	51
23. Ukraine	205	57. Wal-Mart Stores	83	British Petroleum	51
24. Saudi Arabia	194	58. Syria	82	92. Tokyo Electric Power	50
25. Colombia	192	59. Finland	81	93. U.S. Postal Service	49
26. Argentina	185	60. Hitachi	76	Volkswagon	49
27. Poland	180	61. Czech Republic	75	Sumitomo Life	
28. Belgium	178	Nippon Life Insurance	75	Insurance	49
29. Mitsubishi	176	AT&T	75	96. Toshiba	48
30. Mitsui	172	64. Vietnam	72	97. Ireland	46
31. South Africa	171	65. Nippon Telegraph		98. Unilever	45
Philippines	171	& Telephone	71	IRI	45
33. Itochu	168	66. Peru	70	100. Ecuador	42
34. Sumitomo	162	Morocco	70	Singapore	42
35. Venezuela	161	Matsushita Electric	70		

*Note:* Figures for states are gross domestic or gross national products as provided by the U.S. Central Intelligence Agency, *The World Factbook*, 1994 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1995). Figures for corporations are for the total sales as provided by *Fortune*, August 7, 1995.



Source : C. Bartlett, «Building and Managing the Transnational : The New Organizational Challenge» in M.E. Porter, ed., *Competition in Global Industries* (Boston : Harvard Business School Press, 1986) at 381.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE SUIVI DE L'ÉTHIQUE DES PROJETS DE RECHERCHE EN GÉNÉTIQUE

**Auteur(s) :** Mylène DESCHÊNES

**Revue :** RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 1

**Pages :** 187-229

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11932>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11932>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LE SUIVI DE L'ÉTHIQUE DES PROJETS DE RECHERCHE EN GÉNÉTIQUE

par Mylène DESCHÊNES\*

*La nécessité d'effectuer un suivi de l'éthique des projets de recherche s'impose comme un élément-clé dans la protection des participants en recherche. Cependant, les responsabilités précises de chacun des intervenants de même que les moyens qu'il convient de mettre en œuvre pour s'acquitter de cette tâche ne sont pas clairement énoncés. De plus, le suivi de la recherche en génétique pose des problématiques particulières qui ont reçu peu d'échos dans la littérature jusqu'à présent.*

*Dans ce texte, l'auteure aborde le sujet du suivi de l'éthique des projets de recherche en débutant par un examen de la terminologie qui laisse entrevoir une certaine confusion au sujet des concepts en présence. Ensuite, l'auteure se penche sur la nécessité pour les comités d'éthique de la recherche d'effectuer un suivi de l'éthique des projets qu'ils approuvent et fait la recension du fondement normatif de l'obligation de suivi éthique au niveau international et national.*

*Dans la seconde partie du texte, l'auteure examine plus particulièrement les défis soulevés par le suivi éthique de projets de recherche en génétique. L'auteure note qu'il est nécessaire d'ajuster la mire et de se concentrer non seulement sur l'intégrité physique du participant mais surtout sur la vie privée et la dignité de ce dernier. L'auteure décrit aussi les difficultés particulières auxquelles sont confrontés ces comités lorsqu'ils tentent d'effectuer un suivi de l'éthique de projets de recherche en génétique faisant appel à des banques d'ADN contenant des échantillons provenant de multiples institutions ou conservés dans des institutions étrangères. Cette analyse met en lumière les limites du CÉR à pouvoir assumer cette responsabilité à l'égard de certains projets. Enfin, l'auteure fait une liste de recommandations pratiques qui pourraient aider les CÉR à y voir plus clair dans leurs activités de suivi pour des projets de recherche en génétique.*

---

\*. L'auteure est avocate et diplômée en droit de l'Université McGill et a complété une Maîtrise en droit des biotechnologies à l'Université de Montréal. Elle est agent de recherche et directrice de projets au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Elle siège à différents comités d'éthique de la recherche dont celui de l'Institut de cardiologie de Montréal. Cet article est l'un des fruits d'un projet subventionné par les Instituts de recherche en santé du Canada (anciennement le CRM [# FRN-36059]). L'équipe de recherche est composée de Bartha Maria Knoppers, Kathleen Cranley Glass et Hubert Doucet. L'article fut préparé grâce à la collaboration de Mireille Brisson, pour la recherche sur les aspects internationaux, ainsi que l'assistance de Claudine Fecteau, Alana Greenberg, Gabrielle Grégoire et Simone Truong. De plus, l'auteure tient à remercier le *Projet génétique et société*, le *Multidisciplinary Human Gene Technology, Research and Therapy Project Scholarship* de même que les membres du *Research Center for Genetic Medicine, Children's National Medical Center*, Washington DC.

*The ongoing surveillance of research projects is a key element in protecting those who participate in research. The specific responsibilities of each participant, as well as an indication of the means by which adequate surveillance may be ensured are not however clearly enunciated. Moreover, genetic research raises specific problems which have not been sufficiently dealt with in related literature.*

*In this article, the writer deals with the continuing review of the ethical aspects of research projects,. She begins with an examination of the pertinent terminology and points out that there exists some confusion surrounding the concepts involved. The writer then alludes to the necessity that research ethics boards (REBs) ensure the ongoing ethical validity of projects which they have approved. She describes the national and international normative foundations of the duty to provide monitoring of the ethical aspects of research in progress.*

*The second part of this paper deals more particularly with the challenges arising from the need to monitor genetic research. It is suggested that the goals should be modified to focus not only on the protection of the physical integrity of the participants, but also to emphasize the need to protect their right of privacy and their dignity. The writer describes certain difficulties faced by research ethics boards when they review genetic research projects involving DNA biobanks which collect samples from multiple sites or which are set up in institutions other than those with which the research ethics boards in question are affiliated. This analysis reveals the limitations of research ethics boards to properly assume their responsibilities with regard to certain projects. The article concludes with practical recommendations which could be of help to research ethics boards in their monitoring of genetic research projects.*

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	191
<b>Partie I : Le suivi de l'éthique des projets de recherche</b>	193
1. Terminologie et définitions	194
2. Nécessité d'assurer un suivi de l'éthique et bilan	198
3. Fondements normatifs de l'obligation de suivi	201
a) Au niveau international	201
b) Au niveau national et provincial	202
<b>Conclusion de la Partie I</b>	208
<b>Partie II : Le suivi de l'éthique dans le contexte particulier de la recherche en génétique humaine</b>	209
1. La pertinence d'un suivi et d'une surveillance éthique dans la recherche en génétique humaine	211
2. Fixer le point de mire du suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique	212
3. Un cas particulièrement difficile : La recherche «multicentre» en génétique ou effectuée à partir d'une banque externe	215
a) Un problème de contrôle et d'information	217
b) Un problème d'encadrement normatif	218
c) Problème de sanction	220
4. Recommandations pratiques pour le suivi de l'éthique des projets de recherche institutionnelle en génétique humaine	221
a) Prélude à la surveillance : l'identification des banques d'ADN existantes et leurs politiques respectives	221
b) Le respect des engagements pris à l'égard de la conservation des échantillons	223
c) Le respect des engagements pris à l'égard du déroulement de la recherche et de l'utilisation des échantillons	225



- d) Le respect des engagements pris à l'égard des  
*résultats* de recherche ..... 226

**Conclusion** ..... 227

«It is not enough to ask society for unquestioning trust, nor can it be assumed that scientists are different from other human beings and totally incapable of error, deceit, misrepresentation, or bias. The scientific community must be vigilant for this, since nothing less than the viability of the biomedical science enterprise is at stake.»<sup>1</sup>

## Introduction

La surveillance des projets de recherche préoccupe de plus en plus tous les intervenants du milieu de la recherche. Alors que l'approbation des projets de recherche par un comité d'éthique de la recherche [*Ci-après le CÉR*] permet d'examiner, avant le début du projet, si la sécurité des participants et le respect des principes éthiques et légaux apparaissent adéquats, on ne saurait s'en satisfaire quant à l'ensemble du déroulement d'un projet. Pour veiller adéquatement au déroulement éthique de projets de recherche, il faut faire un pas de plus et assurer un suivi de l'ensemble de la mise en œuvre d'un projet de recherche.

La nécessité d'effectuer une surveillance des projets de recherche s'impose comme un élément-clé dans la protection des participants en recherche. Cependant, les responsabilités précises de chacun des intervenants de même que les moyens qu'il convient de mettre en œuvre pour s'acquitter de cette tâche ne sont pas clairement énoncés. Dans le domaine de la recherche pharmaceutique traditionnelle, on a observé l'inclusion progressive de diverses pratiques relatives à la surveillance des projets de recherche. Certaines sont le fruit d'initiatives locales<sup>2</sup> et d'autres mesures ont acquis un caractère obligatoire

- 
1. R.P. Shwarz, «Maintaining Integrity and Credibility in Industry-Sponsored Clinical Research» (1991) 12 *Controlled Clin. Trials* 753 à la p. 759.
  2. M. Deschênes, P. Deschamps et R. Martineau, «La surveillance éthique continue des projets de recherche en génétique; de la théorie à la pratique» dans C. Hervé, B. M. Knoppers et P. Molinari, dir., *Les pratiques de recherche biomédicale visitées par la bioéthique*, Paris, Dalloz, 2003, 27.

grâce à des documents normatifs tels que les *Bonnes pratiques cliniques*<sup>3</sup>. Malgré qu'on en reconnaisse toute l'importance, force est de constater que les activités de surveillance sont insuffisantes. C'est d'ailleurs le constat que le Vérificateur général du Québec dressait dans un rapport réalisé en 2001<sup>4</sup>. En somme, la pleine concrétisation du suivi de l'éthique des projets de recherche dans le domaine pharmaceutique demeure encore à réaliser.

Qu'en est-il de la génétique? En fait, personne ne semble lui avoir accordé une attention particulière. Nos recherches, à l'échelle nationale et internationale, ne nous ont pas permis de trouver des lignes directrices précises sur cette question. Dans un contexte où on a déjà du mal à concrétiser pleinement la notion de suivi dans le domaine de la recherche pharmaceutique, il n'est pas étonnant qu'on ne se soit pas encore penché sur le cas spécifique de la recherche en génétique.

Pourtant, les enjeux sont importants. Il a été maintes fois réitéré que la recherche en génétique comporte des particularités qui ne correspondent pas au modèle traditionnel de recherche. C'est ainsi, par exemple, que le modèle des formulaires de consentement traditionnellement employé en recherche pharmaceutique a été revu et adapté aux réalités de la génétique<sup>5</sup>. De plus, la recherche en génétique prend une ampleur sans précédent. On voit naître des projets de recherche forts ambitieux ayant recours à des vastes banques d'ADN, tant publiques que privées, qui sont souvent le fait de plus d'une institution, et qui sont couplées à diverses données personnelles. Compte tenu de cette nouvelle réalité, il est opportun de se questionner sur le processus de suivi approprié.

Notre analyse est divisée en deux parties. Dans la première partie, nous discuterons de la surveillance en général. Dans la seconde partie, nous nous

- 
3. Santé Canada, *Directive tri-partite normalisée des ICH. Les bonnes pratiques cliniques : directives consolidées*, Ottawa, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1997 [ci-après les *Bonnes pratiques cliniques*].
  4. Québec, Vérificateur général, *Rapport à l'Assemblée nationale pour l'année 2000-2001*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 2001 à la p. 82 [ci-après Vérificateur général, *Rapport*].
  5. M. Deschênes *et al.*, «Human Genetic Research: DNA Banking and Consent: a Question of "form"?» (2001) 59:4 *Clinical Genetics* 221.

pencherons plus particulièrement sur le suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique. Nous identifierons quelques défis de taille auxquels les CÉR doivent faire face. Nous formulerons des recommandations pratiques applicables aux projets institutionnels de recherche en génétique.

Nous tenons à préciser que le présent document a pour but d'étudier la surveillance qui doit s'exercer sur des projets de recherche en génomique. Il ne s'agit donc pas de bonifier l'ensemble de la doctrine sur les activités de surveillance qui existent dans le domaine pharmaceutique mais plutôt d'identifier les ajustements requis afin d'assurer une surveillance adéquate dans le domaine particulier de la génétique. Il faut noter que notre propos ne portera pas sur le suivi de projets de recherche en thérapie génique et xénotransplantation, compte tenu que ces projets soulèvent des enjeux particuliers<sup>6</sup>. De même, nous n'examinerons pas les aspects particuliers concernant les mineurs et les inaptes (comme par exemple, ceux liés au suivi de la divulgation de résultats personnels à l'âge adulte). Notre attention portera plutôt sur les projets de recherche en génétique, qu'ils soient individuels ou familiaux, en pharmacogénomique, ainsi que sur les banques D'ADN.

## **Partie I : Le suivi de l'éthique des projets de recherche**

Avant d'entreprendre l'examen du suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique, voici un tour d'horizon de la situation en ce qui concerne le suivi général des projets de recherche. Premièrement, nous étudierons la terminologie employée dans ce domaine. Deuxièmement, nous discuterons de la nécessité de faire un tel suivi. Troisièmement, nous parlerons du fondement normatif de l'obligation de surveillance éthique continue.

---

6. Une combinaison complexe de problèmes liés à la surveillance à long terme et à la santé publique.

## **1. Terminologie et définitions**

À la lecture de la doctrine portant sur la surveillance des projets de recherche, on constate rapidement qu'il règne une certaine confusion dans le vocabulaire, qui est d'ailleurs aggravée lorsqu'on traduit de l'anglais au français. La doctrine parle tour à tour d'évaluation continue, de surveillance, de vérification, de suivi, de «monitoring», d'examen continu, etc... Or, peu de documents font une classification claire de ces différentes activités. Nous croyons qu'une partie de la confusion liée à la surveillance éthique continue est directement attribuable au fait que certains emploient le même mot pour désigner des concepts différents. Un autre problème réside dans le fait que, au-delà de la sémantique, ces diverses activités sont mal balisées, laissant bien des zones obscures.

Pour minimiser la confusion dans le propos du présent texte, nous débuterons donc en faisant un tour d'horizon du vocabulaire employé. Quelques définitions sont proposées par les *Bonnes pratiques cliniques*. De plus, le vocabulaire employé a fait l'objet d'une analyse plus approfondie par le Groupe de travail sur l'examen continu des Instituts de recherche en santé du Canada [ci-après, *Groupe de travail sur l'examen continu*]. Ce dernier propose de subdiviser les activités de suivi en trois groupes distincts.

*L'évaluation continue* décrit l'activité qui incombe au comité d'éthique de veiller à ce que sa décision demeure adéquate et pertinente en regard de l'évolution potentielle d'un protocole, de sa mise en œuvre et des connaissances scientifiques au cours du déroulement d'un projet. Ce terme n'est pas défini dans les *Bonnes pratiques cliniques*. Néanmoins, le *Groupe de travail sur l'examen continu* en fait la définition suivante :

L'Examen (sic) continu du protocole par le CÉR désigne ici les capacités qui doivent exister pour tous les protocoles de recherche avec des sujets humains pour veiller à ce que l'approbation de la recherche par le CÉR continue de reposer sur la meilleure information à jour.

L'examen continue par le CÉR des facteurs scientifiques et éthiques sur lesquels reposait l'approbation du CÉR est essentiel pour toute la

recherche avec des sujets humains. La justification continue du recours à des humains dans le projet de recherche et l'information sur laquelle s'appuie leur consentement à y participer sont les principaux objets de l'examen continu par le CÉR.<sup>7</sup>

Cette évaluation se fonde principalement sur les données offertes par le chercheur. Il va sans dire que l'équipe de recherche assume donc la responsabilité de fournir régulièrement des informations à jour et validées au CÉR afin de lui permettre de prendre des décisions éclairées et d'actualiser les décisions prises au besoin. On pourrait aussi employer les termes «examen continu du protocole de recherche», «suivi», «suivi éthique» ou encore «suivi de l'éthique» comme synonymes.

La *surveillance* (en anglais le «monitoring») est définie dans les *Bonnes pratiques cliniques* de la façon suivante :

Activité qui consiste à surveiller le déroulement d'un essai clinique et à veiller à ce que cet essai soit réalisé conformément au protocole, aux modes opératoires normalisés (MON), aux bonnes pratiques cliniques (BPC) et aux exigences réglementaires applicables, et que les données s'y rattachant soient consignées et présentées conformément à ces mêmes directives.<sup>8</sup> (nos italiques)

La différence entre l'évaluation continue et la surveillance est subtile. Le Groupe de travail suggère que la surveillance diffère de l'évaluation continue par le fait qu'elle ne s'exerce que sur certains protocoles en fonction des besoins, alors que l'évaluation continue est une préoccupation constante dans l'approbation et le déroulement de *tous* les protocoles de recherche<sup>9</sup>. Le mot «surveillance» est par ailleurs chargé d'un regard inquisiteur qui peut mettre certaines personnes sur la défensive. Il faut aussi noter que le terme «surveillance continue» est parfois employé dans un sens qui se rapproche plus de la notion de «l'évaluation continue» préalablement décrite.

---

7. GROUPE DE TRAVAIL SUR L'EXAMEN CONTINU DES INSTITUTS DE RECHERCHE EN SANTÉ DU CANADA, «Projet de rapport» (2000) à la p. 5 [ci-après *Groupe de travail*].

8. *Bonnes pratiques cliniques*, *supra* note 3, sec. 1.38.

9. *Groupe de travail*, *supra* note 7 à la p. 5.

Le fait que la responsabilité inhérente à chacun de ces deux concepts relève de personnes différentes constitue une autre distinction importante. Alors que l'évaluation éthique est clairement l'apanage du CÉR, il n'en va pas de même de la surveillance continue. Tous ne s'entendent pas sur les personnes qui doivent s'occuper de la surveillance<sup>10</sup>. Selon le Groupe de travail sur l'examen continu, tous les acteurs impliqués dans la recherche peuvent prendre part à une activité de surveillance<sup>11</sup>. Celle-ci peut prendre plusieurs formes dont, par exemple, le contrôle exercé par le comité indépendant de contrôle des données (*Data Safety Monitoring Board* aussi appelé par son acronyme anglais : DSMB). Cependant, les auteurs des *Bonnes pratiques cliniques* ne semblent pas être du même avis. En effet, si on se fie à leurs propos, la surveillance semble être une activité sous la responsabilité du promoteur.

Les surveillants doivent être nommés par le promoteur.<sup>12</sup> [...] Le promoteur doit veiller à ce que les essais soient surveillés adéquatement.<sup>13</sup> [...]

On pourrait penser qu'il y a là confusion avec l'audit. Toutefois, l'audit fait l'objet d'une définition distincte dans les *Bonnes pratiques cliniques*. De plus, à notre surprise, l'*Énoncé du politique des trois Conseils* indique que sauf exception, la surveillance continue de l'éthique des projets de recherche ne devrait pas être effectuée par les CÉR<sup>14</sup>.

Par ailleurs, une *vérification* (audit) est définie dans les *Bonnes pratiques cliniques* comme :

- 
10. Pour une recension des divers points de vue à ce sujet et une analyse sur la question, voir S. Audy, *La surveillance continue de l'éthique des projets de recherche : problématique et repères éthiques*, Comité de liaison en éthique de la recherche de l'Université de Montréal, (1999). L'auteure se montre sceptique quant au rôle que peut jouer le CÉR dans la surveillance des projets de recherche.
  11. *Groupe de travail*, *supra* note 7 à la p. 6.
  12. *Bonnes pratiques cliniques*, *supra* note 3, art. 5.18.2.
  13. *Ibid.*, art. 5.18.3.
  14. Conseil de recherches médicales du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (IRSC, CRSN et CRSN), *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Ottawa, 1998, règle 1.13. [Ci-après *Énoncé de politique*]

Examen systématique et indépendant des activités et documents liés aux essais en vue de déterminer, d'une part, si ces activités ont été menées conformément au protocole, aux *modes opératoires normalisés* (MON) du promoteur, aux *bonnes pratiques cliniques* (BPC) et aux exigences réglementaires applicables et, d'autres part, si les données ont été enregistrées, analysées et présentées conformément à ces mêmes directives.<sup>15</sup> (nos italiques)

Les *Bonnes pratiques cliniques* exigent que le promoteur nomme des individus indépendants de la recherche afin de mener l'audit<sup>16</sup>. Le Groupe de travail sur l'examen continu indique que les vérifications ont pour but de s'assurer de la qualité de la recherche, de l'éducation des équipes de recherche ainsi que de la protection des sujets de recherche<sup>17</sup>. Contrairement aux *Bonnes pratiques cliniques*, ce comité est plutôt d'avis que la responsabilité principale de cette activité incombe à l'institution où se déroule la recherche<sup>18</sup>.

Dans le texte qui suit, nous nous concentrerons particulièrement sur le rôle du Comité d'éthique de la recherche dans le contexte d'un projet de recherche en génétique. Nous n'examinerons pas la question des audits. Dans notre analyse, nous adopterons une approche globale et emploierons généralement le terme «suivi de l'éthique» afin de désigner globalement les activités du comité d'éthique qui consistent à s'assurer que la sécurité des participants et le respect des règles éthiques demeurent tout au long du déroulement d'un projet de recherche (portant ainsi notre attention tant sur les activités d'évaluation continue que de surveillance). Par ailleurs, le terme «surveillance» sera employé pour désigner plus généralement toutes autres activités entreprises par l'un ou l'autre des acteurs impliqués dans la recherche en vue de veiller au bon déroulement du projet.

---

15. *Bonnes pratiques cliniques*, *supra* note 3., art. 1.6.

16. *Ibid.*, art. 5.19.2 (a).

17. *Groupe de travail*, *supra* note 7, à la p. 7.

18. *Ibid.*



## **2. Nécessité d'assurer un suivi de l'éthique et bilan**

Pour juger de la nécessité pour le comité d'éthique de la recherche d'effectuer un suivi de l'éthique des projets de recherche ou même de s'impliquer dans la surveillance éthique continue, il faut retourner aux sources et examiner son mandat. La définition retenue dans la nouvelle réglementation fédérale en matière d'approbation de nouveaux médicaments offre une bonne vue d'ensemble de ce mandat :

Son principal mandat est d'approuver la tenue de projets de recherche biomédicale sur des sujets humains et d'en contrôler périodiquement le déroulement afin d'assurer la protection des droits des sujets, ainsi que leur sûreté et leur bien-être<sup>19</sup>.

Or, cette définition donne déjà le ton au rôle du CÉR dans la surveillance en parlant de «contrôle périodique». Par ailleurs, il ressort clairement de cet extrait que le noyau dur du mandat du CÉR est la protection des participants. Pour protéger adéquatement les participants, l'approbation initiale d'un projet de recherche par le CÉR est un excellent point de départ, mais il s'agit d'une étape insuffisante en regard de l'objectif poursuivi.

Un projet de recherche n'est pas statique. Sa justification fondamentale peut, à tout moment, être remise en question par l'acquisition de nouvelles connaissances ou de nouvelles informations. Sa faisabilité peut se heurter à des difficultés une fois sur le terrain. Les données intérimaires peuvent forcer des modifications au protocole. L'équipe de recherche elle-même peut subir des remaniements. Ainsi, l'évaluation faite par le comité d'éthique n'est, en quelque sorte, qu'un cliché du projet à son point de départ. Hormis les cas de déviation au protocole, il est possible que le projet lui-même évolue en cours de route. Au surplus, le chercheur peut avoir pris des engagements à l'égard de la réalisation du projet de recherche qui doivent se concrétiser dans sa mise en œuvre sans quoi le projet n'est plus le même que celui envisagé par le CÉR au jour de son approbation. Il importe dès lors de vérifier si l'analyse des tenants

---

19. Canada, *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues* (1024-essais cliniques) D.O.R.S./2001-13, art. C.05.001(a).

et aboutissants sur lesquels le CÉR a fondé sa décision d'approuver un projet de recherche concordent avec son déroulement dans la réalité.

L'approbation du protocole par le CÉR n'a pas plus de valeur que les faits, les hypothèses ou les prédictions sur lesquels elle s'appuie. S'ils changent, les raisons pour lesquelles un protocole a été jugé éthique deviennent moins valides. Le concept de l'examen continu offre une base sur laquelle des systèmes peuvent être établis pour mieux assurer la protection des sujets de recherche, mieux appuyer l'excellence en recherche, et mieux rendre compte aux sujets de recherche et aux Canadiens<sup>20</sup>.

Le suivi de l'éthique et toute autre activité de surveillance en lien avec l'éthique sont d'autant plus importants que le contexte dans lequel se déroule la recherche a beaucoup changé. Un centre de recherche peut avoir des centaines de projets à mener de front, dont plusieurs sont «multicentres» ou même sous la gouverne de d'autres institutions. La recherche comporte d'importants enjeux scientifiques et financiers. Le financement classique gouvernemental et universitaire a largement été remplacé par des partenariats avec l'industrie. La compétition se fait sentir à tous les niveaux et les besoins de trouver des applications commerciales sont pressants. Tous ces éléments contribuent à l'accélération et à la complexification du processus de recherche.

Les projets de recherche eux-mêmes apportent des questions nouvelles qui demandent une réflexion à long terme. Notamment, la génétique a confronté les CÉR canadiens à des questions urgentes auxquelles ils n'avaient jamais songé. Parallèlement à ce nouveau contexte de recherche, on observe une multiplication rapide des normes éthiques tant nationales qu'internationales gouvernant la recherche. Un suivi de ces développements demande une attention particulière.

Enfin, le suivi et la surveillance des projets de recherche n'ont pas pour seul objectif de maintenir la qualité éthique des projets en cours. Par ces activités, on aspire aussi à assumer une mission éducative auprès des équipes de recherche en s'assurant d'intégrer l'éthique dans la réalité quotidienne du

---

20. Groupe de travail, *supra* note 7 à la p. 4.

déroulement d'un projet de recherche. Il s'agit aussi d'établir un dialogue continu entre l'équipe de recherche et le CÉR. Il permet en outre au CÉR de mieux comprendre les conséquences de ces décisions et d'en tirer des leçons pour les autres projets de recherche à venir.

Malheureusement, on constate que le suivi éthique des projets de recherche est quelque peu déficient. Plusieurs auteurs ont dénoncé cette situation dans la doctrine. Déjà en 1995, Charles Weijer et le «Clinical Trials Research Group» dressaient un bilan négatif des activités de suivi<sup>21</sup>. Au Québec, Marie-Hélène Parizeau observait de grandes lacunes à cet égard<sup>22</sup>. Plus récemment, le *Vérificateur général du Québec* examinait la gestion des activités de recherche réalisées dans des centres hospitaliers. Le constat général du Vérificateur est que les activités de suivi sont déficientes<sup>23</sup>. Plus précisément, le Vérificateur a pris note des éléments suivants :

Nous avons constaté que la plupart des comités d'éthique n'effectuent aucune surveillance éthique continue même si, dans certains cas, leur mandat le prévoit. Actuellement, les efforts des comités se résument

- 
21. C. Weijer *et al.*, «Monitoring Clinical Research : An Obligation Unfulfilled» (1995) 152:12 Can. Med. Assoc. J. 1973.
22. M.-H. Parizeau, *Rapport d'enquête concernant les activités des comités d'éthique clinique et des comités d'éthique de la recherche au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1999 aux pp. 44 et 45 : «Le suivi des protocoles de recherche pose manifestement des problèmes aux CÉR, même si 28 d'entre eux sur 37 disent effectuer une forme de suivi. Certains CÉR écrivent très honnêtement qu'ils ont un problème d'effectif. En fait, le suivi s'avère plus systématique pour les CÉR ayant approuvé des essais cliniques. Les CÉR prennent note des amendements au protocole et des effets cliniques rapportés par la compagnie. Les autres CÉR vérifient occasionnellement les formulaires de consentement signés et demandent plus régulièrement, semble-t-il, un bref rapport au chercheur responsable concernant la fin de sa recherche. Manifestement, le suivi des protocoles de recherche est difficile en pratique et n'est pas systématique, compte tenu des problèmes qui existent déjà pour faire l'évaluation éthique et scientifique des protocoles de recherche».
23. Vérificateur général, *supra* note 4 à la p. 82 : «Les centres hospitaliers n'ont pas mis en place tous les mécanismes de gestion de l'éthique appropriés aux activités de recherche qui impliquent des sujets humains. On note, par exemple, que les règles en cette matière soutiennent insuffisamment les activités des chercheurs et ne favorisent pas l'efficience des comités d'éthiques de la recherche lors de l'approbation des projets. **Qui plus est, la surveillance éthique continue exercée sur ces projets est déficiente** et le soutien accordé aux comités, de même que la formation sur l'éthique dispensée aux acteurs impliqués dans les travaux de recherche, laissent à désirer» (nos caractères gras).

à approuver les projets avant le début des travaux et à recevoir une fois par année le rapport d'étape du chercheur. Beaucoup d'importance est accordée aux documents présentés par le chercheur et au formulaire de consentement, mais on ne s'assure pas que ses travaux et ceux de son équipe correspondent à ce qui avait été approuvé par le comité.<sup>24</sup>

Bien que la surveillance continue apparaisse comme une étape logique dans le processus visant à protéger les participants à des projets de recherche, sa pleine mise en œuvre demeure encore à réaliser. Pourtant, il existe un fondement non seulement logique, mais bien normatif à ce principe. Nous en examinerons les principaux textes dans la prochaine section.

### **3. Fondements normatifs de l'obligation de suivi**

Quand on tente de préciser la source de l'obligation de suivi, il est un peu déroutant d'examiner les différents textes normatifs. Ceux-ci n'offrent pas une conception uniforme de ce qu'est un suivi et l'attribution de l'obligation à l'un ou à l'autre des partenaires de la recherche varie. Au surplus, peu de documents vont jusqu'à proposer des moyens concrets de mise en œuvre du principe de suivi. Voici une recension des principaux documents normatifs.

#### **a) Au niveau international**

Au niveau international, l'article 13 de la *Déclaration D'Helsinki* suggère que le comité d'éthique a «le droit» de surveiller le déroulement d'un projet. L'obligation repose plutôt sur le chercheur qui doit lui offrir l'information nécessaire pour ce faire<sup>25</sup>.

Les *Lignes directrices opérationnelles pour les Comités d'éthique chargés de l'évaluation de la recherche biomédicale* de l'Organisation mondiale de la santé consacrent une section entière au suivi. Dans cette perspective, il appartient au CÉR d'établir une procédure de suivi. Par ailleurs, la nécessité de

---

24. Vérificateur général, *Rapport*, *supra* note 4, sec. 4.123 à la p. 99.

25. Association médicale mondiale, *Déclaration d'Helsinki*, Édimbourg, 2000, sec. 13 : «[...] The committee has the right to monitor ongoing trials. The researcher has the obligation to provide monitoring information to the committee, especially any serious adverse events.»

faire un suivi s'étend du moment où une décision est prise par le CÉR jusqu'à la fin de la recherche<sup>26</sup>. Ces lignes directrices font une liste d'éléments qui doivent être pris en compte dans le suivi des projets de recherche. Certains se sont imposés dans la pratique et sont devenus des incontournables :

Les exemples ou événements suivants *imposent un contrôle de suivi* d'une recherche :

- a. Tout amendement au protocole susceptible d'affecter les droits, la sécurité et/ou le bien-être des participants, ou la conduite de la recherche;
- b. Les événements indésirables graves ou inattendus liés à la conduite de la recherche ou au produit testé; et les mesures prises par les investigateurs, le promoteur et les organismes réglementaires;
- c. Tout événement ou information nouvelle susceptible de modifier le rapport bénéfice/risque de la recherche<sup>27</sup>. (nos italiques)

## **b) Au niveau national et provincial**

Au niveau national, les récentes modifications à la *Loi sur les aliments et drogues* sont sans équivoque quant à la responsabilité du CÉR en matière de suivi :

Comité d'éthique de la recherche — [...]

- a) son principal mandat est d'approuver la tenue de projets de recherche biomédicale sur des sujets humains et *d'en contrôler périodiquement le déroulement* afin d'assurer la protection des droits des sujets, ainsi que leur sûreté et leur bien-être<sup>28</sup>. (nos italiques)

---

26. Organisation mondiale de la santé, *Lignes directrices opérationnelles pour les comités d'éthique chargés de l'évaluation de la recherche biomédicale*, Genève, 2000, art. 9 : «*Les CE doivent établir une procédure de suivi pour suivre de (sic) l'évolution de toutes les recherches ayant fait l'objet d'une décision favorable, depuis la date où la décision a été prise jusqu'à la fin de la recherche. Les moyens de communication en cours entre les CE et le demandeur doivent être clairement spécifiés. [...]*» [Organisation Mondiale de la Santé, *Lignes directrices*].

27. *Ibid*, art. 9.3.

28. *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, art. C.05.001.

Par ailleurs, les *Bonnes pratiques cliniques* apportent des précisions quant aux moyens à mettre en place pour effectuer un suivi adéquat dans le domaine pharmaceutique. Elles privilégient un système de rapports à différents organismes, notamment le CÉR.

Tout d'abord, elles incitent le CÉR à mettre sa procédure par écrit. À cet effet, elles dressent une liste des informations que le CÉR devrait exiger du chercheur en cours de projet<sup>29</sup>. Au surplus, l'investigateur doit présenter des résumés écrits faisant état du déroulement de l'essai au CÉR au moins une fois par année ou plus souvent selon les exigences du CÉR<sup>30</sup>. Paradoxalement, les *Bonnes pratiques cliniques* contiennent une section intitulée «Rapport sur la sécurité» où tous les rapports doivent être obligatoirement remis au promoteur et ce n'est *qu'à la demande* du CÉR que ces documents lui seront remis<sup>31</sup>.

Il faut noter que le promoteur a une obligation de faire rapport aux investigateurs/établissements et aux CÉR «s'il y a lieu» des réactions indésirables à un médicament qui sont à la fois graves et inattendues<sup>32</sup>. Par

---

29. Il faut noter que ces éléments ne sont pas des obligations. Il appartient aux CÉR de les inclure dans sa politique. En contraste, l'article 4.11.1 oblige les chercheurs à informer les promoteurs des incidents thérapeutiques graves. Les éléments incluent notamment : «a. des variantes ou modifications apportées au protocole pour éliminer des dangers immédiats pour les sujets participants à l'essai (voir 3.3.7, 4.5.2, et 4.5.4); b. des modifications entraînant un accroissement des risques pour les sujets ou ayant une incidence considérable sur le déroulement de l'essai (voir 4.10.2); c. de toute réaction indésirable à un médicament (RIM) qui est grave et inattendue; d. des nouveaux renseignements sur des éléments susceptibles de nuire à la sécurité des sujets ou au déroulement de l'essai», *Bonnes pratiques cliniques*, supra note 3, art. 3.3.8.

30. *Ibid.*, art. 4.10.1.

31. *Ibid.*, art. 4.11.1 et 4.11.3 : «4.11.1 Tous les incidents thérapeutiques graves (ITG) doivent être signalés immédiatement au promoteur, sauf ceux qui, selon le protocole ou un autre document (brochure de l'investigateur, p. ex.), n'ont pas besoin d'être signalés de toute urgence. Ces rapports urgents doivent être suivis rapidement par des rapports détaillés écrits. Les rapports urgents et les rapports de suivi doivent renvoyer aux sujets uniquement par leurs numéros de code uniques plutôt que par leur nom, leur numéro d'identification personnel ou leur adresse. L'investigateur doit également respecter les exigences réglementaires applicables concernant l'obligation de signaler, aux organismes de réglementation et au CEE/CEI, les réactions indésirables graves à un médicament. [...] 4.11.3 En ce qui concerne les décès, l'investigateur doit fournir au promoteur et au CEE/CEI toute information additionnelle requise (rapports d'autopsie et rapports médicaux finals, p. ex.)».

32. *Ibid.*, art. 5.17.1.

ailleurs, le CÉR et l'établissement où se déroule la recherche doivent être informés par le chercheur des abandons ou arrêts prématurés d'étude<sup>33</sup>. Il en va de même lorsque la décision provient du promoteur lui-même<sup>34</sup>. À la fin de l'étude, le CÉR doit recevoir un rapport final au sujet du projet. L'institution peut aussi recevoir ce rapport à sa demande<sup>35</sup>.

Selon les *Bonnes pratiques cliniques*, il existe aussi une obligation pour le promoteur de mettre en place une surveillance adéquate et des audits s'il y a lieu<sup>36</sup>. Enfin, on indique que le promoteur doit veiller à ce que le participant autorise l'accès au dossier pour des fins de surveillance et de vérification<sup>37</sup>. On s'assure donc de se doter des autorisations requises pour que la surveillance puisse s'effectuer sans enfreindre les règles sur la confidentialité des données de recherche.

Si l'on peut se réjouir des précisions fournies dans les *Bonnes pratiques cliniques*, il faut toutefois se rappeler que ces règles sont d'application restreinte. Elles ne s'appliquent qu'à l'égard de la recherche menée sur des produits pharmaceutiques et non aux projets de recherche en génétique.

Pour sa part, *L'Énoncé de politiques des trois Conseils* fait figure de proue, au Canada, en matière de recherche biomédicale. On y réitère la nécessité d'effectuer une surveillance éthique continue. Cependant, l'énoncé est surprenant à deux égards. Premièrement, il confie au chercheur la responsabilité de proposer au CÉR des méthodes de surveillance appropriées à un projet<sup>38</sup>. Deuxièmement, mise à part la surveillance des rapports annuels, il propose que

---

33. *Ibid.*, art. 4.12.

34. *Ibid.*, art. 5.5.9.

35. *Ibid.*, art. 4.13.

36. *Ibid.*, art. 5.18 et 5.19.

37. *Ibid.*, art. 5.15.1.

38. Bien que la collaboration des chercheurs dès le départ soit souhaitable, il aurait peut-être été préférable de dire que les méthodes de suivi sont décidées de concert avec les chercheurs impliqués. En pratique, il est très rare, voire exceptionnel, que les chercheurs aillent d'emblée proposer aux CÉR des méthodes de suivi éthique.

la surveillance éthique continue ne devrait pas être assumée par le CER<sup>39</sup>. Les trois Conseils recommandent plutôt que les autres partenaires de la recherche s'en chargent. La surveillance y est perçue comme «une responsabilité collective, assumée par tous dans l'intérêt commun de maintenir des critères éthiques et scientifiques irréprochables»<sup>40</sup>. Paradoxalement, selon le chapitre sur les essais cliniques (chapitre 7) de l'Énoncé de politiques des trois Conseils, il incombe au CÉR de suivre de façon «stricte et continue» les essais de phase I, pour lesquels une vigilance accrue est indiquée<sup>41</sup>. On peut donc dire que le rôle du CÉR dans la surveillance éthique continue n'y est pas très bien balisé.

L'Énoncé de politique suggère des thèmes sur lesquels devrait porter le suivi tels que l'examen formel du processus de consentement libre et éclairé, la création d'un comité de protection des sujets, l'examen périodique par de tierces personnes des documents générés par la recherche, l'analyse des rapports d'événements externes défavorables et la vérification des dossiers des participants.<sup>42</sup>

Un concept important retenu par les trois Conseils est la notion de proportionnalité des méthodes de suivi en regard du risque que comporte le projet. Le minimum exigé en terme de suivi (lorsque le risque est plus que minimal) semble être les différents rapports d'étape. Par ailleurs, les trois Conseils reconnaissent explicitement qu'il peut être nécessaire de prévoir des méthodes particulières de surveillance «pour faire face à des cas particuliers».

---

39. Énoncé de politique des trois Conseils, supra note 14, règle 1.13 : «a) Toute recherche en cours devra faire l'objet d'une surveillance éthique continue, dont la rigueur devrait être conforme à la méthode proportionnelle d'évaluation éthique. b) Les chercheurs qui soumettent des propositions à des CÉR suggéreront simultanément une méthode de surveillance continue appropriée à leur projet. c) En général, les chercheurs remettront au moins aux CÉR un bref rapport annuel. Les CÉR seront rapidement avisés de la fin des projets.

Exception faite de l'examen rigoureux qu'ils doivent faire des rapports annuels, les CÉR **ne devraient pas**, sauf dans des cas précis où ils pensent être les mieux placés pour intervenir, se charger de la surveillance continue de l'éthique des projets».

40. *Ibid.* à la p. 1.12.

41. *Ibid.*, règle 7.1.

42. *Ibid.*



On peut penser que certains projets de recherche en génétique peuvent commander ce genre d'attention.

Au Québec, des articles du Code civil sont consacrés à la recherche biomédicale. Le suivi y est obligatoire seulement pour les comités d'éthique approuvant des projets de recherche avec des mineurs ou des personnes inaptes.<sup>43</sup> Cela laisse bon nombre de projets de recherche sans suivi «obligatoire». Au surplus, le *Code civil du Québec* est avare de commentaires en ce qui a trait aux moyens de mettre en œuvre l'obligation de suivi.

Néanmoins, plusieurs rapports québécois ont réitéré de façon plus claire la nécessité d'effectuer un examen continu à l'égard des projets de recherche en général. Le *Rapport Deschamps*, en 1998, confie une part importante de la responsabilité d'établir un plan de suivi au CÉR. Le suivi s'inscrit dans la mission du comité d'éthique d'assurer la sécurité des participants.

En outre, ayant à s'assurer notamment de la sécurité des personnes qui participent à des projets de recherche, les comités d'éthique ne doivent pas simplement attendre les résultats finaux de la recherche. D'autant moins qu'à l'heure actuelle, suivant les réponses obtenues au questionnaire, la remise d'un rapport final n'est pas une exigence formelle. Les membres du comité d'éthique doivent ainsi identifier les éléments du suivi du projet incluant la fréquence des rapports qui doivent être soumis, les événements qui doivent être rapportés immédiatement et ceux qui doivent être rapportés régulièrement.<sup>44</sup>

---

43. Art. 21 C.c.Q «Un mineur ou un majeur inapte ne peut être soumis à une expérimentation qui comporte un risque sérieux pour sa santé [...] Une telle expérimentation doit s'inscrire dans un projet de recherche approuvé **et suivi** par un comité d'éthique».

44. Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, *Rapport sur l'évaluation des mécanismes de contrôle en matière de recherche clinique au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1995 à la p. 109 [*Rapport Deschamps*]. Aussi, les recommandations suivantes étaient énoncées en page 139 : «75. Le comité d'éthique doit identifier les exigences du suivi requis en ce qui concerne notamment la fréquence des rapports et la divulgation des événements indésirables. 76. Lorsque le volume d'activités de recherche le justifie, une ou plusieurs personnes doivent être désignées pour assurer le suivi des projets de recherche, notamment pour s'assurer de la qualité de l'acte de recherche et de sa conformité avec les décisions découlant de l'évaluation éthique et de l'évaluation financière de même que du respect global du protocole de recherche. [...] 78. La personne responsable du suivi doit, par

En 1998, le *Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique* du Ministère de la santé et des services sociaux du Québec confiait la tâche aux CÉR de concevoir et mettre en place des mécanismes de suivi pour les projets de recherche en cours.

Les CÉR constituent la pierre angulaire du présent plan d'action. Ils ont la responsabilité d'évaluer la conformité des projets de recherche aux règles éthiques, d'en assurer le suivi éthique, et de veiller à la protection des personnes.<sup>45</sup>

D'ailleurs, selon le plan d'action ministériel, les CÉR devaient se doter de mécanismes de suivi éthique pour les projets de recherche en cours pour décembre 1998<sup>46</sup>.

Notons que les organismes de régulation au Canada et aux États-Unis, les entreprises pharmaceutiques et certains organismes subventionnaires effectuent des vérifications afin de s'assurer du respect du protocole de recherche et de l'exactitude des données de recherche déclarées<sup>47</sup>. Cependant, bien qu'il existe un certain chevauchement des activités, il ne faut pas se satisfaire strictement des activités de surveillance scientifique pour couvrir tous les aspects requis par la surveillance éthique d'un projet.

---

voie d'échantillonnage, vérifier le déroulement des projets de recherche, la qualité du processus d'obtention et de collecte des données, ainsi que la qualité du consentement éclairé et de la nature des inconvénients encourus par les personnes participants au projet de recherche. [...] 80. Le comité d'éthique doit recevoir du chercheur un rapport annuel lui indiquant ce qu'il est advenu du projet de recherche.»

45. Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, *Plan d'action ministériel en éthique de la recherche et en intégrité scientifique*, Québec, Publications du Québec, 1998 à la p. 13 [Ministère de la santé et des services sociaux, *Plan d'action*].

46. *Ibid.* à la p. 14.

47. Vérificateur général, *Rapport*, *supra* note 4 à la p. 99.

## Conclusion de la Partie I

On peut résumer ainsi les grandes lignes qui semblent sous-tendre l'obligation d'effectuer un suivi éthique des projets de recherche : (1) s'assurer du maintien des conditions propices au déroulement éthique du projet de recherche (incluant la protection des participants) et qui ont initialement donné lieu à son approbation; (2) s'assurer de la pleine mise en œuvre des différents engagements pris par le chercheur; (3) identifier les problèmes éthiques soulevés en cours de déroulement de projet et évaluer les ajustements requis en cours de projet.

Pour ce faire, le suivi doit porter sur diverses dimensions d'un projet de recherche. Il faut porter attention à plusieurs niveaux, dont, notamment, le respect du participant, le respect des principes éthiques directeurs, l'adhésion au protocole de recherche, le respect du processus d'approbation éthique lui-même, etc.<sup>48</sup>.

Compte tenu de l'obligation d'assurer une surveillance éthique continue, il est impératif de se doter de différents outils pour pouvoir réaliser le suivi des projets en cours de recherche. Certains mécanismes, visant essentiellement à tenir le CÉR informé, semblent faire l'unanimité dans les textes normatifs. Ainsi, l'obligation de soumettre un rapport annuel au CÉR<sup>49</sup> et un rapport de fin de projet<sup>50</sup> sont réellement obligatoires pour tous les projets, et au premier chef pour les projets en pharmaceutique. Si le risque est plus que minimal, l'*Énoncé de politique des trois Conseils* requiert aussi que des rapports d'étape soient produits. En outre, les *Bonnes pratiques cliniques* rendent obligatoire de faire rapport au CÉR de toute suspension ou arrêt de l'étude par l'investigateur ou le

---

48. Il faut noter que la surveillance des aspects scientifiques d'un projet est assumée en partie par d'autres organismes, par exemple un DSMB. Cependant, bien que la surveillance effectuée par cet organisme soit pertinente pour le suivi que doit effectuer le CÉR, elle ne saurait le remplacer. En effet, les préoccupations purement éthiques du CÉR ne sont que partiellement servies par un rapport de DSMB.

49. *Énoncé de politique*, supra note 14, art. 1.13c); *Bonnes pratiques cliniques*, supra note 3, art. 4.10.1.

50. *Énoncé de politique*, *ibid.*, art. 1.13 c) in fine; *Bonnes pratiques cliniques*, *ibid.*, art. 4.13. Il faut noter que l'*Énoncé de politique* suggère une simple notification plutôt qu'un rapport.

promoteur<sup>51</sup>. Cependant, rappelons que les *Bonnes pratiques cliniques* ne sont obligatoires qu'à l'égard des projets de recherche en pharmaceutique. De plus, ces obligations ne sont que des moyens minimaux à mettre en oeuvre.

D'autres mécanismes sont laissés aux initiatives locales et doivent jouir d'une certaine flexibilité pour pouvoir se moduler en fonction du niveau de risque et de complexité d'un projet de recherche. Les comités sont fortement encouragés à se doter de lignes directrices plus précises à l'égard du suivi<sup>52</sup>. De plus, ils doivent élaborer, en collaboration avec les chercheurs, des plans de suivi des projets qu'ils approuvent. Ces plans peuvent être adaptés au contexte particulier de recherche, notamment celui de la génétique.

Quel serait un plan de suivi approprié à la recherche en génétique? Après ce tour d'horizon de l'obligation de surveillance éthique continue et des mécanismes pour la mettre en œuvre, examinons maintenant les besoins particuliers de la génétique.

## **Partie II : Le suivi de l'éthique dans le contexte particulier de la recherche en génétique humaine**

«The problem for ethics committees is that they are faced with these difficult questions now, and that in contrast with well established notions of, for example, individual privacy and autonomy, the whole field of genetic research is so new and is moving so fast that guiding landmarks are very few. [...] Thus, current systems of ethical oversight are lagging well behind the capabilities of science and frequently it is left to individual investigators to set and follow rules for their work.»<sup>53</sup>

---

51. *Bonnes pratiques cliniques*, *supra* note 3, art. 4.12.1 et 4.12.3.

52. Voir notamment *ibid.*, art. 3.3.8 et 4.11.1; *Rapport Deschamps*, *supra* note 44 à la p. 109; Ministère de la santé et des services sociaux, *Plan d'action*, *supra* note 45 à la p. 14; Organisation Mondiale de la Santé, *Lignes directrices*, *supra* note 26, sec. 9.

53. K. Jamrozik, «The Case for a New System for Oversight of Research on Human Subjects» (2000) 26 *Journal of Medical Ethics* 334 à la p. 338.

Alors que les CÉR et la communauté scientifique sont encore en train d'apprivoiser les problématiques soulevées lors de l'évaluation de projets de recherche en génétique, voilà que surgit un autre problème de taille : le suivi de l'éthique de ces projets. Dans le cadre des activités du CÉR, la surveillance éthique continue comporte des lacunes que l'on reconnaît d'emblée. Au surplus, le suivi des projets de recherche en génétique comporte des difficultés supplémentaires.

La nature des projets de recherche en génétique est fort différente des projets de recherche «traditionnels» tels qu'on les envisage en pharmaceutique. Qu'il s'agisse de la participation des individus, du type de données recueillies ou des besoins en terme de recherche, les stratégies de recherche sont envisagées sous un angle différent. Cela nous force à reconsidérer la nature et l'étendue de l'obligation de suivi. Est-ce que l'obligation de suivi continue à s'appliquer? Par ailleurs, beaucoup de recherches se déroulent dans plusieurs centres à la fois. La nature même de la recherche en génétique nécessite d'avoir accès à un nombre d'échantillons si important qu'il faut souvent dépasser les murs d'une seule institution ou même mettre en place des «méga-banques» de tissus. L'échange de données est courant et nécessaire. Cela rend le suivi encore plus complexe.

Compte tenu de ce contexte assez particulier, plusieurs questions se posent. Comment assurer un suivi dans un tel contexte? Au-delà des problèmes logistiques qu'un tel suivi peut représenter, qui doit en prendre la charge? Jusqu'où va la responsabilité des divers intervenants à l'égard du suivi? Quels sont les engagements réels que nous sommes en mesure d'assumer en matière de suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique?

Le suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique est truffé de difficultés au point de faire douter de la capacité des CÉR à mener à bien une telle entreprise. Nous tenterons d'apporter au moins des éléments de réflexion à ces questions. Dans le document qui suit, nous discuterons premièrement de la pertinence de la surveillance continue en génétique humaine. Deuxièmement, nous identifierons le point de mire approprié du suivi en génétique humaine. Troisièmement, nous aborderons les difficultés particulières posées par la recherche «multicentrique» en génétique. Enfin, nous formulerons des

recommandations d'ordre pratique pour le suivi éthique de la recherche institutionnelle en génétique.

### **1. La pertinence d'un suivi et d'une surveillance éthique dans la recherche en génétique humaine**

En préambule, il est nécessaire de valider que la recherche sur l'ADN doit faire l'objet d'un suivi éthique. Comme on le constate, le suivi porte une attention spéciale à la protection des sujets humains. Or, compte tenu que le risque pour l'intégrité des participants et leur bien-être physique est plutôt limité dans le cas d'un projet de recherche en génétique, est-il nécessaire d'assurer un suivi? Ne pourrait-on pas conclure que l'échantillon d'ADN est «donné» pour la recherche dans des circonstances qui sont évaluées par un CÉR et, pourvu que ces circonstances apparaissent acceptables, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre le travail du CÉR plus loin?

Pour répondre à cette question, nous répondrons tout d'abord à la question de savoir si la recherche sur l'ADN, une fois détaché du corps d'un individu, constitue de la recherche sur des sujets humains au sens des différents textes normatifs? L'Énoncé de politique des trois conseils est clair à ce sujet<sup>54</sup>. Le Code civil n'a pas le mérite d'être aussi clair<sup>55</sup>. On peut cependant examiner les textes normatifs internationaux pour s'en convaincre<sup>56</sup>. Compte tenu que nous croyons que la recherche sur l'ADN constitue bel et bien de la recherche avec des êtres humains, on peut donc conclure que l'obligation de suivi doit s'exercer même dans le cas d'un projet de recherche en génétique.

Au demeurant, la protection du participant n'est pas qu'une question d'intégrité physique. On doit aussi porter attention à d'autres questions telles que la protection de la vie privée ou de la confidentialité qui sont des sujets

---

54. Voir la définition de recherche dans *Énoncé de politique*, *supra* note 14, règle 1.1.

55. Bien que le Code civil soit généralement interprété en ce sens, l'expérimentation n'y est pas clairement définie. Le fait que l'ADN soit détaché de la personne pour la recherche pose des défis conceptuels particuliers. Puisqu'il s'agit de recherches avec des tissus humains, on conclut généralement qu'il s'agit de recherches sur des sujets humains. De toute façon, l'étape du prélèvement de tissus constitue clairement une atteinte à l'intégrité de la personne pour laquelle un consentement est requis.

56. Voir par ex. UNESCO, *Déclaration Universelle sur le génome humain*, Paris, 1997, art 5.

chauds en matière de génétique. Le suivi ne porte pas que sur la protection du participant. Il a pour but de s'assurer que le projet, de façon générale, se déroule de façon éthique. Le suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique apparaît donc non seulement approprié mais impératif.

Par ailleurs, une banque d'ADN doit-elle, en elle-même, faire l'objet d'un suivi éthique? En effet, tous les projets de recherche en génétique nécessitent la mise en banque d'ADN ou de tissus à court ou à long terme. On peut imaginer qu'une banque d'ADN continue d'exister après la fin du projet de recherche pour lequel elle a été mise sur pied. Nous croyons que dans la mesure où une banque est créée en vue de faire de la recherche, il s'agit d'une activité indissociable de tout projet de recherche qui nécessite un suivi éthique. Le suivi doit donc porter non seulement sur la réalisation du projet lui-même, mais aussi sur le maintien de la banque qui rend ou a rendu la recherche possible. Il est certes souhaitable que le CÉR joue un rôle dans le caractère éthique de l'utilisation des banques constituées à des fins de recherche. Son rôle peut s'avérer particulièrement important dans les périodes de transition ou les fins de projet afin d'éviter que la banque d'ADN ne sombre dans l'oubli. Nous verrons dans la section 3 que la question est beaucoup plus complexe dans le cas d'une banque d'ADN conservée à l'extérieur de l'institution où siège le CÉR.

Le suivi en génétique aura donc deux pôles importants d'attention : le projet de recherche lui-même et la banque d'ADN qui permet sa réalisation.

## **2. Fixer le point de mire du suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique**

Dans le domaine de la recherche clinique pharmaceutique, le participant est un collaborateur à part entière. Il prête non seulement son corps à la science, en acceptant d'ingérer un médicament pour qu'on en observe les effets biologiques, mais aussi sa collaboration pleine et entière, par exemple, en se rendant aux différents rendez-vous de suivi, en se soumettant à des examens médicaux pour mesurer les effets de la molécule, etc. C'est véritablement son intégrité physique qu'il met au service de la science. Ce faisant, il s'expose évidemment à des risques de nature physique. Ainsi, le médicament peut en

effet avoir des effets secondaires inattendus et indésirables qu'il faut surveiller étroitement. Au surplus, il est également possible qu'on exerce des pressions pour qu'il continue de collaborer en se présentant aux rendez-vous, l'accumulation d'informations au sujet de son évolution clinique étant essentielle dans une démarche scientifique visant à démontrer l'efficacité et l'innocuité d'un produit pharmaceutique.

Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que les mécanismes de surveillance soient axés sur la protection physique des participants et le respect de leur personne. On veut s'assurer qu'on veille adéquatement à leur bien-être, que tous les risques sont minimisés et que leur participation s'explique par leur volonté seule de prêter leur concours et non en raison de coercitions ou pressions indues.

En matière de recherche en génétique, le contexte est quelque peu différent, ce qui change les besoins en terme de suivi. Comme il a été maintes fois réitéré dans la littérature, les risques liés à la recherche en génétique sont souvent d'une autre nature que purement physique<sup>57</sup>. Dans le domaine de la recherche en génétique, il est fort possible que la «participation active» du sujet se limite à une prise de sang combinée avec un suivi de l'évolution médicale qui peut parfois se faire sur un simple examen du dossier médical. Par exemple, pour des recherches visant à établir un test génétique, bien que certaines données du dossier médical soient habituellement requises pour surveiller l'évolution clinique d'un patient, des examens ou procédures supplémentaires ne sont pas toujours nécessaires<sup>58</sup>. Le bien-être physique du participant n'est pas mis en cause par la procédure expérimentale<sup>59</sup> de la même façon que dans un projet pharmaceutique. Il faut certes se préoccuper de la façon dont on obtient les échantillons sanguins nécessaires aux analyses d'ADN. Les préoccupations

---

57. G. Cardinal *et al.*, «Recherche en génétique humaine et consentement» Fonds de recherche en santé du Québec (FRSQ) et Réseau de médecine génétique appliquée (RMGA) 2000. Aussi disponible en ligne : Réseau de Médecine Génétique Appliquée, <http://www.rmga.qc.ca>.

58. Le domaine de la pharmacogénomique fait évidemment exception à cette règle.

59. L'auteure ne suggère pas que l'intégrité physique du participant n'est pas importante en recherche génétique. Il faut évidemment protéger les participants contre tout abus en matière de recrutement. Cependant, une fois la prise de sang effectuée, la participation active du participant est limitée.



liées à la liberté de participation et au consentement véritablement éclairé demeurent à l'égard de l'échantillonnage sanguin. Cependant, on se rend bien compte que les questions de l'intégrité de la personne et de la sécurité physique de celle-ci sont plus limitées. La recherche peut se dérouler sans une implication active du participant. En fait, techniquement, elle peut même se dérouler complètement à son insu. L'ADN étant détaché de son corps, il est à la fois messenger de son titulaire de par l'information qu'il porte et physiquement séparé de ce dernier<sup>60</sup>.

L'intégrité physique n'est donc peut-être pas la cible appropriée de surveillance dans la recherche en génomique. Sans l'exclure, il faut porter notre attention sur d'autres aspects de la recherche. Une réflexion sur notre approche du suivi éthique des projets de recherche est requise. Quels sont donc les éléments qui demandent une attention particulière dans le domaine de la surveillance des projets de recherche approuvés par un comité d'éthique à la recherche et des banques d'ADN qui sont constituées dans un tel cadre? Les recommandations énumérées en guise de conclusion tentent de cibler les secteurs qui requièrent une attention accrue de même que les mécanismes à mettre en place pour leur assurer une surveillance adéquate.

D'entrée de jeu, on peut déjà anticiper l'importance de thèmes tels que la protection de la vie privée et de la dignité du participant. Plus particulièrement, on doit porter une attention toute spéciale aux mécanismes de protection des données des participants, au processus de communication des résultats personnels, au protocole de diffusion des résultats et, dans une plus large perspective, au respect des politiques de gestion de la banque d'ADN. On doit aussi se pencher sur le respect de la volonté du participant à l'égard de l'échantillon et une utilisation de celui-ci qui soit conforme à l'ordre moral. En terminant, il est utile de rappeler que les mesures déployées pour effectuer un suivi de l'éthique devront être proportionnelles aux risques encourus par les participants.

---

60. Voir à ce sujet R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins : Le regard du législateur et des tribunaux civils*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1999 au chapitre 2.

### **3. Un cas particulièrement difficile : La recherche «multicentre» en génétique ou effectuée à partir d'une banque externe**

Les recommandations qui seront présentées dans la section suivante prennent pour hypothèse que le projet de recherche et la banque de d'ADN sont situés dans la même institution que le CÉR qui approuve le projet. Toutefois, les projets de recherche en génétique nécessitent souvent la création d'une banque d'ADN incluant des échantillons provenant de différentes institutions. Qu'advient-il alors si les tissus sont acheminés à l'extérieur de l'institution? On peut penser que cette banque peut servir au projet de recherche initialement approuvé (ex. : projet de recherche «multicentre») ou même à d'autres projets de recherche. Cette banque peut dès lors se trouver dans une autre ville, voire un autre pays. Elle peut être alimentée par une ou plusieurs autres institutions.

Cela pose des défis de taille dans le domaine du suivi éthique. Le CÉR qui approuve l'envoi de l'échantillon à l'extérieur de l'institution conserve-t-il une obligation de suivi à l'égard de ces échantillons? Cette question nous force à préciser l'étendue de l'obligation de suivi. Nous croyons que le suivi se rattache d'abord et avant tout à l'approbation d'un projet de recherche relevant de sa compétence. Donc, même si l'échantillon quitte l'institution, il nous semble qu'il demeure une obligation d'en faire le suivi dans le cadre du projet de recherche approuvé. Il faut donc demander des rapports et mettre en œuvre toutes autres mesures de suivi éthique jugées utiles, comme s'il s'agissait d'une banque au sein de sa propre institution.

Toutefois, si la banque (externe) est utilisée à d'autres fins que le projet de recherche initial examiné par le CÉR local, la situation se complique. Il ne s'agit pas de se demander si un suivi est pertinent mais plutôt s'il appartient encore au CÉR local de l'exercer et surtout s'il est en mesure de le faire. On pourrait bien entendu envisager une collaboration ou une délégation du suivi de l'éthique à un CÉR plus «près» des activités de cette banque. Toutefois, la question demeure entière pour des banques détenues par des entités qui ne font que prêter le matériel à d'autres chercheurs. Ces banques, de type «fournisseur», ne sont pas nécessairement créées dans le but d'un projet précis,

mais plutôt en vue d'offrir à d'éventuels chercheurs du matériel de recherche<sup>61</sup>. Dans ce cas, il n'est pas certain qu'il existe un CÉR «central» pour la banque : toutes les activités éthiques sont peut-être décentralisées et s'articulent autour des différents projets de recherche qui utilisent la banque<sup>62</sup>. Qu'en est-il des banques d'ADN détenues par des entreprises privées mais pour lesquelles le prélèvement s'est effectué dans un hôpital du réseau de la santé? Que faire avec des banques «dites orphelines» ou devenues désuètes? Qui en assume alors le suivi éthique? Il est difficile de savoir jusqu'où va l'obligation de suivi éthique pour les CÉR des différentes institutions québécoises et qui peut réellement l'assumer dans de telles circonstances. On peut affirmer qu'on observe un décalage entre les attentes en matière de suivi éthique du projet de recherche et la réalité.

Alors que l'obligation de suivi éthique s'applique à tous les projets de recherche approuvés par un CÉR, comment peut-on assumer une telle obligation en pratique? Quelle que soit l'étendue de l'obligation de suivi, il demeure trois problèmes d'envergure : (a) un problème de contrôle et d'information, (b) un problème d'encadrement normatif et, enfin, un (c) problème de juridiction et de sanction. Il convient ici de cerner les limites du travail que le CÉR local est à même d'effectuer et de faire connaître ces limites aux participants. Nous examinerons donc tour à tour les difficultés auxquelles font face les CÉR.

- 
61. Certains projets d'envergure (privés ou publics) visent la création de banques d'ADN, sans vraiment les rattacher nommément à un projet de recherche. Ces banques sont ni plus, ni moins que des points de services pour les chercheurs. Dans ce cas, il est difficile d'identifier une entité qui sera responsable du suivi. Évidemment, toute utilisation de la banque donnera lieu à l'approbation par un CÉR, mais on peut difficilement envisager qu'une multitude de CÉR de toutes les institutions d'où proviennent les échantillons puissent assumer ce genre de suivi. Il y a donc lieu de réfléchir à la création d'entités de surveillance qui sont au-delà des institutions locales et qui assument ou coordonnent ce genre de suivi pour les institutions locales (On peut imaginer que les CÉR locaux pourraient obtenir rapport ou encore déléguer carrément le suivi à cette autre entité). Ces «super-CÉR» pourraient d'ailleurs simplifier la tâche des CÉR locaux. Sans remplacer les CÉR locaux, ceux-ci pourraient déléguer en tout ou en partie, leur devoir de surveillance à une entité mieux placée pour effectuer le suivi. Le défi est alors de maintenir l'indépendance de cette entité et d'assurer un respect des désirs exprimés par les CÉR locaux qui ont autorisé le transfert d'échantillons à la banque.
62. Cela n'exclut nullement la possibilité que l'entité responsable de la banque (privée ou autre) confie le suivi éthique à long terme à un organisme indépendant.

**a) Un problème de contrôle et d'information**

Premièrement, lorsqu'un CÉR évalue les conditions de mise en place d'une banque qui se déroule dans sa propre institution, il connaît la personne qui en assumera la responsabilité, le contexte général de l'institution et même les lieux où se déroulera la recherche (à tout le moins, il est possible de les visiter au besoin). En revanche, lorsque les échantillons vont à l'extérieur de l'institution, voire à l'étranger, il est nettement plus difficile de juger de la situation réelle qui prévaut dans l'institution détentrice de la banque et en cas de doute, la visite des lieux est rarement une option réaliste. Le CÉR doit se fier aux seules affirmations écrites du chercheur. Dans ce contexte, la cueillette d'information écrite et de qualité est fondamentale. Les renseignements fournis doivent être précis et énoncer clairement qui sera responsable de la banque, où la banque est conservée, les mesures de sécurité mises en place, la politique de mise en banque et l'utilisation envisagée. Le CÉR ne doit pas hésiter à poser des questions précises.

En outre, il ne suffit pas de fournir des informations mais il faut que cela se traduise par des engagements fermes qui se concrétiseront. Compte tenu qu'il est rarement possible pour le CÉR d'effectuer une surveillance sur le terrain, il est nécessaire que la situation décrite soit fidèle à la réalité et que toute modification relative aux politiques de gestion ou à l'orientation de la banque soit soumise au CÉR.

Dans ce contexte, il est important de formuler un certain nombre d'engagements auxquels la banque externe sera tenue de se conformer. Ces engagements, de nature contractuelle, doivent inclure l'envoi de rapports périodiques au sujet de la banque (gestion, échange ou envoi de tissus ou d'ADN à d'autres banques, destruction, etc.), les conditions précises dans lesquelles seront conservés les échantillons, la procédure pour contacter les participants (le cas échéant) et les utilisations des échantillons (pour le présent et l'avenir). Il est clair que ces engagements ne doivent pas être de nature à entraver la recherche. Cependant, ils doivent aller à l'essence du respect de la personne et du participant et témoigner d'un véritable partenariat avec ceux et celles qui fournissent leur ADN pour faire avancer la science.

Il faut mentionner que, bien que le formulaire de consentement puisse refléter ces engagements, il ne s'agit pas du bon véhicule pour véritablement lier le banquier. Cela ne ferait que surcharger et «contractualiser» ce document<sup>63</sup>. De plus, compte tenu qu'il s'agit d'un engagement contractuel, il est nécessaire que le chercheur et l'institution participent à cette entreprise et en prennent même l'initiative. Il serait donc approprié de prévoir un document pour énoncer ces engagements.

Les CÉR locaux ne peuvent que veiller à ce que les rapports fournis témoignent d'un déroulement conforme aux engagements pris par la banque et le chercheur responsable de celle-ci. Par exemple, si la banque s'engage à détruire les échantillons à la demande des participants, un rapport d'une telle destruction devrait être envoyé au CÉR. Dans l'état actuel des choses, il est irréaliste d'envisager qu'ils feront un suivi plus serré. Cependant, d'autres entités pourraient peut-être assumer cette tâche ou aider les comités d'éthique dans ce sens. Sans remettre en question les comités d'éthique locaux, il faut peut-être songer à la mise en place d'un comité d'éthique pour des projets d'envergure nationale ou internationale ou même à confier à un organisme le pouvoir de surveiller les renseignements de toutes les banques d'ADN sur le territoire de la province.

#### **b) Un problème d'encadrement normatif**

Un deuxième problème rencontré en matière de suivi de projet de recherche en génétique de nature «multicentrique» a trait au cadre normatif. Lorsqu'un CÉR se penche sur l'approbation d'un projet de recherche, il tient compte du cadre normatif canadien et québécois actuellement en vigueur. De plus, les CÉR étant des entités devant tenir compte des réalités locales, ils considèrent aussi les politiques locales de même que les valeurs et les besoins locaux. Cependant, lorsque les échantillons quittent l'institution pour être conservés dans une banque à l'extérieur, ils sortent du cadre normatif en vigueur

---

63. On peut observer actuellement une tendance des CÉR à utiliser le formulaire de consentement pour lier la banque. Cette situation s'explique par le fait que le contrat de recherche est souvent déjà négocié lorsque le projet est soumis au CÉR. De toute façon, les CÉR n'ont pas à participer à cette négociation. Le seul outil sur lequel ils peuvent avoir de l'influence est le formulaire de consentement.

dans l'institution, la province ou même le pays. Les échantillons peuvent dès lors être soumis à des règles d'utilisation parfois fort différentes. Comment surveiller ce qui se fait ailleurs selon des règles avec lesquelles nous ne sommes pas familiers?

Prenons un exemple. Aux États-Unis, sont exclues de l'application du titre 45 les recherches menées sur une collection déjà existante d'échantillons anonymes amassés dans le cadre de soins :

Research involving the collection or study of existing data, documents, records, pathological specimens or diagnostic specimens, if these sources are publicly available or if the information is recorded by the investigator in such a manner that subjects cannot be identified directly or through identifiers linked to the subjects.<sup>64</sup>

Une telle recherche n'est tout simplement pas considérée comme de la recherche sur des sujets humains au sens du *Code of Federal Regulation*.

Par ailleurs, pour des échantillons déjà amassés dans le cadre de recherches et anonymisés, ceux-ci peuvent faire l'objet d'une procédure accélérée d'approbation de la part du comité d'éthique à la recherche<sup>65</sup> et il peut être dérogé à l'obligation d'obtenir le consentement des participants<sup>66</sup>. La situation est loin d'être aussi claire au Québec, notamment avec les exigences du Code civil. Dans un tel contexte, comment s'assurer que les engagements pris ici seront respectés ailleurs? Bien que le CÉR puisse demander des comptes au détenteur de la banque, il est difficile de savoir quelles règles y seront appliquées. Comment peut-on alors assurer un suivi éthique du projet de recherche?

Dans l'état actuel des choses, il n'est pas évident pour les comités d'éthique d'avoir à approuver des projets faisant appel à des banques tenues dans d'autres pays. Les CÉR n'ont ni les ressources ni le temps pour faire une

---

64. Titre 45 *Code of Federal Regulation*, sub-section 46.101(b) 4). Le Code s'applique à toute recherche financée par une agence fédérale ou réglementée par une agence fédérale.

65. *Ibid.*, sub-section 46.110.

66. *Ibid.*, sub-section 46.117(c).

analyse en profondeur du cadre juridique s'appliquant en l'espèce. Un engagement ponctuel «inter-institutionnel» de mise en banque peut aider à veiller au respect des points les plus importants existant dans notre cadre juridique ou même faire imposer, par contrat, les règles juridiques en vigueur au Québec.

**c) Problème de sanction**

Finalement, le troisième problème est lié aux sanctions. Au Québec, les CÉR qui oeuvrent au sein des centres publics sont rattachés au conseil d'administration de l'institution pour laquelle ils oeuvrent. Leur pouvoir de sanction se rattache directement au cœur de l'institution.

Lorsque le CÉR est rattaché directement au Conseil d'administration d'une institution qui abrite des échantillons, son contrôle est direct et les pouvoirs de sanctions multiples. Lorsque les tissus quittent l'institution pour être conservés dans une banque à l'extérieur, ils sortent non seulement à l'extérieur du cadre normatif institutionnel mais aussi à l'extérieur du contrôle effectif de l'institution et du CÉR local. Dans un tel contexte, quel est son réel pouvoir advenant une situation douteuse? Il est toujours possible de demander au chercheur local de cesser sa participation à l'étude, mais comment exiger de faire revenir ou faire détruire les échantillons<sup>67</sup>?

On connaît toute l'importance de formuler clairement les attentes du CÉR et de l'institution participante à l'égard du banquier d'ADN, à plus forte raison lorsque la banque est située à l'extérieur de l'institution. Ce cas d'espèce réaffirme la nécessité de signer des engagements contractuels et/ou de connaître les règles de mise en banque qui régissent les activités du banquier. Ces documents constituent d'autres piliers importants sur lesquels le CÉR peut s'appuyer pour faire reconnaître et exécuter certains engagements.

Par ailleurs, il y a peut-être lieu de faire preuve de transparence à l'égard des participants en reconnaissant, dans certains cas, les limites au suivi qui

---

67. Notez qu'il ne s'agit pas d'un projet de recherche pharmaceutique donnant application à la loi fédérale.

pourra être effectué par le CÉR (et l'institution qui l'abrite) au sujet de ces échantillons.

Ces trois sujets démontrent bien toutes les difficultés que rencontrent les CÉR lorsqu'ils examinent des projets de recherche avec mise en banque d'ADN à l'extérieur de leur institution. Face à ces difficultés, il y a lieu de songer à de nouveaux modèles de gouvernance pour ces types de recherche.

#### **4. Recommandations pratiques pour le suivi de l'éthique des projets de recherche institutionnelle en génétique humaine**

Nous croyons fermement que la surveillance ne doit pas être conçue de façon à constituer une entrave à la recherche. Elle doit toutefois participer au maintien d'un environnement de recherche et de pratiques de recherche favorisant la préservation du lien de confiance avec les participants. Elle doit veiller au respect des règles légales et éthiques régissant la recherche. Voici quelques thèmes à aborder en matière de surveillance éthique continue des projets de recherche en génétique humaine.

##### **a) Prélude à la surveillance : l'identification des banques d'ADN existantes et leurs politiques respectives**

L'*Énoncé de politique des trois Conseils* indique que toute recherche menée sur des tissus humains nécessite une évaluation éthique<sup>68</sup>. Le plus souvent, c'est via l'élaboration d'un projet de recherche amassant ou utilisant des tissus humains qu'un CÉR sera appelé à se pencher sur la banque dans laquelle ces tissus seront conservés. Malheureusement, on peut observer que la recension des banques d'ADN n'est pas toujours faite dans toutes les institutions qui en hébergent<sup>69</sup>.

Pourtant, la surveillance d'un projet de recherche impliquant la création d'une banque d'ADN suppose évidemment que le CÉR en connaisse l'existence.

---

68. *Énoncé de politique, supra* note 14, règle 1.1b).

69. On doit reconnaître qu'il existe une difficulté quant à l'identification même de ce que constitue une banque d'ADN. Il faudrait peut-être élargir ce souhait pour toutes les biobanques utilisées en recherche.



Il serait utile que les banques de tissus ou d'ADN qui sont conservées au sein d'une institution fassent l'objet **d'un registre** permettant d'en relever l'existence et d'en connaître les principaux paramètres (types de tissus et lieu où ils ont été collectés, personne responsable de la banque, date du début et de la fin projetée de l'existence de la banque, financement, etc...) <sup>70</sup>. Cette responsabilité incombe à l'institution et au chercheur responsable du projet de recherche. À ce chapitre, il est intéressant de signaler au passage qu'à l'échelle provinciale, toute personne qui «exploite» une banque de tissus à des fins scientifiques, hors d'un établissement de santé du réseau, doit détenir un permis <sup>71</sup>. Si ces dispositions s'appliquent aux entités privées qui mettent sur pied des banques d'ADN à des fins de recherche, cela permettrait peut-être d'en avoir une liste via les permis qui sont octroyés.

Par ailleurs, la surveillance suppose aussi l'adhésion à un certain nombre de principes ou de règles qui doivent être connus dès le départ. L'encadrement de la collecte, de la gestion et de l'utilisation d'une banque d'ADN est nécessaire. Au-delà des grands principes philosophiques de base qui doivent orienter toutes les actions du gestionnaire de la banque («non-malfaisance», bienveillance, etc.), des règles précises relatives à l'administration de la banque doivent être énoncées et respectées. Les banques d'ADN devraient ainsi faire l'objet d'une **politique de gestion écrite** permettant d'en comprendre les règles de fonctionnement <sup>72</sup>. Ces règles doivent notamment régir les mesures de

---

70. Un avis récent de la Commission de l'éthique, de la science et de la technologie recommandait d'ailleurs la création d'un répertoire public, par souci de transparence et pour rendre possible «l'exercice d'activités de surveillance ou de suivi de la protection des intérêts des citoyens». Commission de l'éthique de la science et de la technologie, *Les enjeux éthiques des banques d'information génétique : pour un encadrement démocratique et responsable*, Gouvernement du Québec, 2003 à la p. 38.

71. *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q. c. L-0.2, art. 31 : «À l'exception de l'Institut national de santé publique du Québec, nul ne peut exploiter un laboratoire, une banque d'organes et de tissus, s'il n'est titulaire d'un permis délivré à cette fin par le ministre». Il faut noter que le mot «exploite» réfère à une notion d'exploitation commerciale. Dans ce contexte, nous croyons que peu de banques d'ADN employées en recherche pourraient répondre à cette exigence au Québec. Cependant, compte tenu qu'il n'existe pas vraiment de recension des banques d'ADN au Québec, nous n'en savons rien.

72. C. Laberge et al., *Énoncé de principes du Réseau de Médecine Génétique Appliquée*, version 2000, en ligne : Réseau de Médecine Génétique Appliquée <http://www.rmga.qc.ca>, sec. I.2.

sécurité mises en place pour conserver les échantillons, les règles d'accès et d'utilisation des échantillons, les modalités de destruction des échantillons ou encore la finalité de la banque. La surveillance des recherches effectuées à l'aide d'une banque d'ADN doit s'appuyer sur cette politique.

Si tel n'est pas le cas, les institutions concernées et les CÉR devraient à tout le moins veiller à ce que certains **engagements ponctuels** soient pris, au départ, via le protocole de recherche ou le contrat de recherche à l'égard des participants et de l'utilisation éthique des échantillons de recherche. Ces engagements, qui témoignent d'une vision à long terme de programmes de recherche, visent à assurer la pérennité de la banque tout en respectant la volonté des participants.

Tous ces engagements doivent se refléter adéquatement dans un **formulaire de consentement** qui fait état du prélèvement, du projet de recherche et de la mise en banque de l'ADN (s'il y a lieu). Ce document est déterminant dans l'utilisation qui sera faite des échantillons prélevés. Tout échange d'échantillons entre différentes équipes de recherche ou différentes institutions devrait être accompagné du formulaire de consentement qui a permis le prélèvement.

**b) Le respect des engagements pris à l'égard de la conservation des échantillons**

Lors de la mise en banque d'ADN pour fins de recherche, le chercheur doit prendre un certain nombre **d'engagements relatifs à la bonne conservation de ces échantillons**. D'une part, ces engagements visent à préserver la **bonne qualité** de l'échantillon pour qu'il demeure utile à la recherche (exemple : conserver dans des endroits appropriés, à une température assurant sa conservation, etc.). Le gaspillage des ressources de recherche est évidemment à proscrire. Il faut de plus assurer la **sécurité des échantillons** (conservation dans un lieu approprié, sous clé, etc.). Les mesures de sécurité physique proposées dans le projet de recherche doivent être déployées et maintenues aussi longtemps que nécessaire.

Par ailleurs, tel que le recommande *l'Énoncé de politique des trois Conseils*, le chercheur prend aussi des engagements quant à la durée de

conservation<sup>73</sup>. Les échantillons sont alors conservés pour la durée nécessaire à la réalisation d'un projet de recherche ou pour une période fixe déterminée à l'avance. On peut penser qu'il s'agit d'une mesure visant en elle-même à assurer un certain contrôle et un certain suivi de l'utilisation des échantillons. L'échéance de ce délai force en effet à reconsidérer l'utilisation de l'échantillon pour empêcher qu'il ne tombe en désuétude ou encore que son usage dévie par rapport à ce qui avait originalement été convenu. Pour qu'un suivi puisse véritablement s'effectuer à ce sujet, il est indispensable de disposer d'un **registre indiquant l'échéance des différentes banques au sein d'une institution** donnée afin de ne pas passer sous silence ce moment important.

En outre, l'échantillon doit être conservé de façon à préserver l'identité de la personne dont il provient. Cette identité doit être tenue dans les plus strictes limites de la confidentialité par le chercheur et son équipe. Différentes méthodes peuvent alors être employées, allant de l'anonymisation à l'utilisation d'un code liant l'échantillon au dossier du participant. Quelles que soient les mesures mises en place, le CÉR doit être satisfait des mesures employées. Or, il est utile de **vérifier** si le plan élaboré dans le protocole de recherche est réellement mis en place et s'il s'avère aussi efficace qu'anticipé.

Finalement, la saine gestion d'une banque d'échantillons d'ADN ou de tissus a pour corollaire la gestion adéquate des demandes d'accès par des personnes autres que l'équipe de recherche. Les **demandes d'accès devraient être documentées** dans un registre et faire l'objet d'un suivi.

On constate donc qu'un suivi de la bonne conservation des échantillons est requis. Cependant, il n'est pas évident que le CÉR soit en mesure d'en assumer toutes les facettes. Le domaine de la qualité et des mesures de sécurité physique des échantillons n'est pas du ressort ni même de la compétence des CÉR. On ne pourrait imaginer que les membres de comité d'éthique s'assurent que les frigos sont barrés et à la bonne température! En fait, la responsabilité incombe plus directement à l'institution qui les héberge et à d'autres autorités plus compétentes en la matière. Cependant, en cas d'incident causant la perte ou la destruction d'échantillons, de tels événements devraient être rapportés au

---

73. *Énoncé de politique, supra* note 14, règle 8.6.

CÉR, un peu à la manière d'un *effet sérieux indésirable*. En effet, une telle situation peut indiquer que les mesures de conservations ne sont pas adéquates, ce qui ne serait pas éthique.

Par ailleurs, le sort réservé aux échantillons et tout événement qui suit l'échéance de la banque devraient, à tout le moins, être rapportés au CÉR sous la forme d'un rapport. Par exemple, le banquier devrait faire état de la destruction des échantillons d'ADN effectuée à la demande d'un participant. Enfin, en ce qui a trait au respect des autres engagements visant à préserver la confidentialité des participants, le CÉR doit au moins vérifier les rapports témoignant d'une mise en œuvre conforme aux mesures annoncées dans le protocole de recherche et dans la politique de mise en banque. Il serait aussi souhaitable que des vérifications sur le terrain puissent être effectuées pour vérifier cette mise en œuvre et juger, *de visu*, de son efficacité. Cependant, il faudrait déployer des ressources financières pour permettre de telles vérifications à propos de l'éthique d'un projet.

**c) Le respect des engagements pris à l'égard du déroulement de la recherche et de l'utilisation des échantillons**

Lorsqu'un participant prête son concours à un projet de recherche en génétique, il peut avoir accepté diverses options quant à l'utilisation qui en sera faite. Son échantillon peut ne servir qu'à un seul projet, à un programme de recherche, à une équipe de recherche internationale ou même à toutes fins jugées utiles pour la poursuite d'autres recherches acceptables par un CÉR.

Il est important de ne pas trahir l'entente initiale en dénaturant l'orientation du projet auquel le participant a consenti. **Les travaux de recherche doivent demeurer dans la ligne de pensée à laquelle un participant s'est associé par son consentement** ; le CÉR doit y veiller. Un rapport soumis au CÉR permet de connaître l'utilisation qui est faite des échantillons et d'endosser la poursuite de ces recherches par des

«réapprobations» annuelles<sup>74</sup>. Ce rapport est particulièrement important dans le cas d'une banque à usages multiples.

À l'échéance du projet, plusieurs questions se posent. Qu'arrive-t-il avec les échantillons une fois le projet complété? Seront-ils utilisés à d'autres fins? Doit-on recontacter les participants? Le consentement indique peut-être qu'ils seront détruits, auquel cas quelqu'un doit veiller à ce que ce soit fait. Si nécessaire, on peut envisager de prolonger ou de changer l'orientation du projet de recherche. Ce genre de décision ne peut se prendre qu'avec la collaboration et l'assentiment du CÉR et un consentement approprié. Par ailleurs, si rien n'est fait à l'échéance, il y a là aussi une situation qui mérite d'être soulignée par le CÉR pour éviter que la banque ne tombe dans la désuétude. Les mutations et fusions de banques commandent également un suivi, voire une surveillance étroite.

**d) Le respect des engagements pris à l'égard des résultats de recherche**

Les résultats généraux de la recherche doivent faire l'objet d'une **diffusion publique**. D'ailleurs, la *Déclaration d'Helsinki* enjoint aux intervenants de publier les bons et moins bons résultats de la recherche<sup>75</sup>. Les CÉR devraient porter une attention au sujet des publications qui sont effectuées suite à un projet de recherche. Il en est de même des produits commerciaux issus d'un projet. Toutefois, il faut dire que ce suivi est particulièrement difficile à effectuer compte tenu que ces résultats peuvent n'être disponibles que plusieurs années après le prélèvement d'ADN chez un participant.

Le **suivi le plus étroit** doit plutôt porter sur la diffusion de **résultats personnels**. Tout comme pour les échantillons eux-mêmes, la confidentialité des résultats individuels de recherche doit être assurée. Les demandes d'accès par les tiers doivent être gérées avec vigilance. La loi impose à cet égard une

---

74. Pour être à même de fournir un tel rapport, le chercheur doit lui-même tenir un registre de l'utilisation qui est faite des échantillons.

75. Association médicale mondiale, *Déclaration d'Helsinki*, *supra* note 25, art. 27.

obligation de confidentialité qui limite la divulgation de ces données<sup>76</sup>. Les circonstances d'une telle divulgation doivent être déterminées à l'avance dans la politique de mise en banque. Le CÉR peut assurer un suivi de la gestion appropriée de ces cas en regard de procédures préalablement approuvées.

Certains projets de recherche peuvent prévoir ou constater après coup qu'un retour de résultat personnel aux participants s'avère à propos. Il s'agit d'une situation délicate. Lorsqu'il n'était pas prévu de *recontacter* le participant, il est nécessaire de soumettre la procédure de communication au CÉR (présenter les modes et les canaux de communication avec le participant). Par exemple, une simple lettre n'est peut-être pas appropriée en regard de la gravité des informations soumises au participant. Par ailleurs, lorsque ce contact était prévu dans le formulaire de consentement, il doit s'effectuer de façon correcte et selon une procédure éthique<sup>77</sup>. Le CÉR doit s'assurer que le chercheur a mis en place une procédure appropriée. Dans son rapport annuel, le chercheur devrait indiquer si des participants ont été informés de tels résultats et si les mesures déployées se sont avérées adéquates.

## **Conclusion**

La surveillance éthique continue s'inscrit véritablement dans le mandat des CÉR. Elle doit s'effectuer non seulement dans le cadre des projets de recherche dans le domaine de la pharmacutique mais aussi dans les projets de recherche en génétique avec mise en banque d'ADN. Cela demande toutefois au CÉR de porter son attention au-delà de la sécurité physique des participants pour toucher la confidentialité et le respect des volontés exprimées. De nouvelles questions doivent être formulées et posées aux chercheurs et aux

---

76. La règle générale énoncée dans le Code civil du Québec est claire et s'applique autant à un dossier de recherche en génétique ou à tout autre dossier contenant des informations personnelles au sujet d'une autre personne : «art. 37. Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.»

77. Par exemple, cette procédure doit comprendre un conseil génétique.

promoteurs. Des ententes avec les banquiers et chercheurs impliqués sont aussi nécessaires pour établir les conditions d'utilisation et de mise en banque d'échantillons d'ADN. Dans un domaine de recherche en pleine effervescence, la surveillance éthique des projets de recherche en génétique doit soutenir et stimuler la qualité éthique des projets de recherche.

Les projets de recherche menant à la création d'une banque d'ADN qui sera conservée dans une autre institution<sup>78</sup> que celle où siège le CÉR posent toutefois des défis particuliers pour lesquels ce dernier est souvent mal outillé. Visiblement, la capacité réelle des CÉR d'effectuer un suivi au sujet de ces banques a des limites. De plus, il est permis de douter de l'efficacité d'activités de suivi morcelées, mal coordonnées ou trop éloignées de ce qui se passe «sur le terrain». Enfin, l'absence d'une gestion centralisée des activités de suivi de l'éthique d'un tel projet de recherche crée des conditions propices à l'existence de zones grises où l'identification d'entorses à l'éthique est difficile.

Dans le cas, des banques créées, à long terme, à partir d'échantillons recueillis dans une multitude de centres, il y a peut-être lieu d'examiner des alternatives plus réalistes que l'unique recours aux CÉR locaux. La gouvernance de ces projets requiert peut-être la mise en place de modèles novateurs. Par exemple, la Commission d'accès à l'information pourrait jouer un rôle accru dans la surveillance des aspects liés à la confidentialité des banques d'ADN. On pourrait aussi imaginer la création d'une entité neutre dédiée à la surveillance des activités futures de la banque, pouvant veiller aux intérêts des participants à long terme et capable d'exiger la reddition de compte de la part des banquiers et de faire enquête, le cas échéant<sup>79</sup>. On pourrait aussi créer des structures législatives pour prêter main forte aux CÉR locaux en énonçant l'obligation juridique de faire rapport des activités liées à l'existence d'une banque d'ADN<sup>80</sup>. Quelle que soit la solution envisagée, il faudra veiller à conserver la perspective

---

78. Particulièrement si les échantillons seront échangés avec d'autres chercheurs.

79. Par exemple, on tente de créer, au sein de l'Université de Montréal, l'Institut de population et de génétique qui pourrait être appelé à jouer un rôle de cet ordre à l'égard de projets en génétique des populations, comme par exemple le projet Cartagène.

80. Tel que recommandé dans l'Avis de la Commission de l'éthique de la science et de la technologie (précité).

éthique dans le suivi qui sera effectué<sup>81</sup> et ne pas transformer le suivi en un simple exercice administratif.

En outre, le suivi requiert des ressources financières qui présentement ne sont pas au rendez-vous. Pourtant, on doit accorder autant d'importance à l'éthique de la recherche qu'à la rigueur scientifique qui fait la réputation de nos chercheurs. Le maintien des plus hauts standards en éthique de la recherche est nécessaire pour que les participants mettent en toute confiance leur patrimoine génétique au service de la science et du bien-être de la collectivité. Sachant que ce précieux lien de confiance existe généralement entre la population québécoise et la communauté scientifique, il y a tout lieu d'investir pour le préserver.

---

81. Un simple audit des données de recherche ne suffit pas à assurer le suivi éthique.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA FONCTION DE VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL D'UNE MUNICIPALITÉ :  
LES GARANTIES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ INHÉRENTES  
À LA CHARGE DE VÉRIFICATEUR PUBLIC

**Auteur(s) :** Mathieu SOCQUÉ

**Revue :** *RDUS*, 2004-2005, volume 35, numéro 1

**Pages :** **231-305**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11936>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11936>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# LA FONCTION DE VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL D'UNE MUNICIPALITÉ : LES GARANTIES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ INHÉRENTES À LA CHARGE DE VÉRIFICATEUR PUBLIC

par Mathieu SOCQUÉ\*

*L'un des objectifs affichés par le Gouvernement du Québec, par le biais de sa politique de réaménagement et de renouvellement de la gouverne municipale déposée au mois de mars 2000 à l'Assemblée nationale, était de renforcer la démocratie municipale et d'accroître l'équité et la transparence en matière fiscale et comptable dans le monde municipal. Au chapitre des mesures visant à assurer l'imputabilité fiscale et comptable des nouvelles municipalités, la Loi sur les cités et villes (L.R.Q. c. C-19) impose désormais, par le biais de l'article 107.1, l'obligation au conseil municipal de toute ville de plus de 100 000 habitants de nommer un fonctionnaire appelé vérificateur général. Le Parlement et l'Assemblée nationale ont créé, il y a de nombreuses années, la charge de vérificateur général. Au niveau de l'administration municipale, la charge est toutefois nouvelle. À ce titre, la loi demeure silencieuse relativement à certains aspects constitutifs de la charge de vérificateur général. Dans le cadre de la présente étude, l'auteur entend examiner la nature et délimiter l'étendue des pouvoirs, droits et obligations du vérificateur général. Estimant que la charge de vérificateur général, telle qu'elle est prévue dans sa forme actuelle, contrevient aux exigences posées par l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q. c. C-12), l'auteur entend ensuite étudier les garanties objectives d'indépendance rattachées à la charge de vérificateur général et les garanties d'impartialité qui peuvent être exigées de la personne du vérificateur général.*

---

*Among the objectives set by the Government of Québec, through its policy of renewal and reorganization of municipal governance introduced in the National Assembly in March 2000, were the goals of reinforcing democracy at the municipal level and of increasing the fiscal responsibility and accountability of municipal institutions. Among the legislative measures adopted as part of this new policy was the creation, through section 107.1 of the Cities and Towns Act (R.S.Q., chapter C-19), of the office of chief auditor, or auditor general as it is known at the federal and provincial level. Section 107.1 requires the nomination of a chief auditor for every municipality of over 100,000 inhabitants. However, in its present form, the Cities and Town Act fails to provide adequate information with respect to certain essential duties of the office of public auditor of a municipality. The writer examines the nature and extent of the chief auditor's rights, obligations and powers as set out by present legislation and suggests that the auditor's functions, as enunciated in the Act, contravene section 23 of the Charter of Human Rights and Freedoms (R.S.Q., chapter C-12) in that the legislation does not provide for adequate guarantees as to the independence and impartiality required of the chief auditor.*

---

\*, LL. B. L'auteur est présentement inscrit au programme de maîtrise en droit avec mémoire à l'Université Laval sous la supervision du professeur Patrice Garant.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	235
<b>I. La fonction de vérification et les pouvoirs conférés au vérificateur général d'une municipalité</b>	237
A) La fonction de vérification	237
1) L'attestation des états financiers	238
2) La vérification de conformité des opérations	238
3) La vérification de l'optimisation des ressources	239
B) Les pouvoirs et obligations du vérificateur général	240
1) La planification et l'élaboration des examens de vérification	240
a) Liberté dans la fréquence des examens	240
b) Liberté dans le choix de la méthode d'examen privilégiée	243
2) Libre accès à tout renseignement ou document «se rapportant à l'exercice de ses fonctions»	244
a) «tout» renseignement ou document : rapports, notes, memoranda et autres explications	246
b) «se rapportant à l'exercice de ses fonctions»	247
3) Les pouvoirs d'une commission d'enquête	247
a) Le pouvoir d'assigner à comparaître et d'interroger sous serment	250
b) Le pouvoir d'exiger la production de documents	254
4) Le respect des règles de justice naturelle et le caractère inquisitoire de la fonction de vérificateur général	256

<i>La fonction de vérificateur général d'une municipalité :</i>	
(2004) 35 R.D.U.S. <i>les garanties d'indépendance et d'impartialité inhérentes</i>	233
<i>à la charge de vérificateur public</i>	

a)	Le principe : la nature quasi judiciaire des pouvoirs exercés par le vérificateur général et l'obligation de respect de la règle <i>audi alteram partem</i> . . . . .	256
b)	L'application du principe . . . . .	263
1-	Le droit de faire des représentations et de fournir des explications - le droit à l'audition . . . . .	267
2-	Le droit de présenter une preuve . . . . .	267
3-	Le droit de contre-interroger . . . . .	268
4-	Le droit de présenter des témoins et de produire des documents . . . . .	268
5-	Le droit à l'assistance d'un avocat . . . . .	268
6-	Le dépôt du rapport annuel . . . . .	268

<b>II.</b>	<b>L'indépendance et l'impartialité du vérificateur général . . . . .</b>	<b>269</b>
A)	La situation juridique occupée par le vérificateur général au sein de la structure institutionnelle municipale . . . . .	271
1)	La situation occupée au sein de la structure institutionnelle municipale par les principaux officiers de la municipalité . . . . .	271
a)	Le maire . . . . .	271
b)	Le trésorier . . . . .	272
c)	Le greffier . . . . .	273
d)	Le directeur général . . . . .	273
2)	Le vérificateur général comme officier de la municipalité et sa nécessaire indépendance par rapport au Conseil municipal . . . . .	274
B)	L'indépendance individuelle et institutionnelle du vérificateur général . . . . .	277
1)	Les garanties objectives d'indépendance . . . . .	280

a)	L'inamovibilité .....	282
b)	La sécurité financière .....	285
c)	L'autonomie institutionnelle et administrative .....	288
d)	La non-contrainabilité .....	290
e)	L'immunité en matière de poursuite civile .....	290
f)	La clause d'exclusion des recours .....	291
2)	L'impartialité du vérificateur général : l'absence de situations donnant lieu à la naissance d'une «crainte raisonnable de partialité» .....	291
a)	L'impartialité institutionnelle .....	294
b)	L'impartialité individuelle .....	301
1-	L'intérêt pécuniaire ou financier .....	302
2-	Le conflit d'intérêts de nature morale ou psychologique .....	302
3-	Le conflit d'intérêts de nature professionnelle .....	303
4-	Les comportements et déclarations antérieures et actuelles .....	303
<b>CONCLUSION .....</b>		<b>304</b>

## INTRODUCTION

Le 25 avril 2000, l'honorable Louise Harel, alors ministre d'État aux affaires municipales et à la métropole, déposait un Livre blanc concernant les orientations du gouvernement en vue du «renouvellement de la gouverne municipale»<sup>1</sup>. La publication de ce Livre blanc précédait l'adoption du projet de Loi n° 170 sur l'organisation territoriale municipale, le 15 décembre 2000, qui est entré en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Cette réorganisation du monde municipal s'est opérée selon deux volets, c'est-à-dire en procédant d'abord au regroupement des territoires de municipalités locales et à la fusion de leurs institutions, et en accroissant les pouvoirs des municipalités régionales de comté et communautés urbaines devenues communautés métropolitaines<sup>2</sup>. L'un des objectifs poursuivis par le gouvernement québécois, par le biais de sa politique de réorganisation municipale, a été la responsabilisation accrue des municipalités locales en matière fiscale, par le biais d'une meilleure répartition du fardeau fiscal et l'octroi de pouvoirs supplémentaires. À ce titre, le sommaire du Livre blanc énonce, au chapitre des objectifs de la réorganisation municipale, celui de voir à l'émergence d'un «[...] secteur municipal plus efficace permettant un allègement et une meilleure répartition du fardeau fiscal»<sup>3</sup>. Le sommaire précise ensuite que «[...] la réorganisation doit conduire à une organisation du secteur municipal qui soit plus simple, moins coûteuse»<sup>4</sup>. La politique de réorganisation territoriale municipale du gouvernement, toujours sous son aspect fiscal, a aussi pour objectif affiché de rendre plus transparente l'administration comptable et financière des municipalités, notamment en encadrant plus rigoureusement l'octroi de contrats municipaux<sup>5</sup> et en augmentant le degré d'imputabilité du pouvoir exécutif des municipalités. En effet, le 29 juin 2001, l'Assemblée nationale sanctionnait la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière de réorganisation municipale*<sup>6</sup>.

---

1. Ministère des affaires municipales et de la métropole, en ligne : <[http://www.mamm.gouv.qc.ca/organisation/orga\\_reor\\_pres.htm](http://www.mamm.gouv.qc.ca/organisation/orga_reor_pres.htm)>.

2. *Ibid.*

3. Ministère des affaires municipales et de la métropole, en ligne : <[http://www.mamm.gouv.qc.ca/acceuil/livre\\_blanc\\_2000/documents/reorg\\_mun\\_resum.pdf](http://www.mamm.gouv.qc.ca/acceuil/livre_blanc_2000/documents/reorg_mun_resum.pdf)> à la p. 6.

4. *Ibid.* à la p. 35.

5. Ministère des affaires municipales et de la métropole, en ligne : <[http://www.gouv.qc.ca/legislation/legi\\_lois\\_lois.htm](http://www.gouv.qc.ca/legislation/legi_lois_lois.htm)>.

6. L.R.Q. c. C-19.

L'objectif affiché du Ministère des affaires municipales et à la métropole, par le biais de ces amendements législatifs connexes, est de «renforcer la démocratie municipale»<sup>7</sup> et d'«assurer l'équité et la transparence (en matière comptable et financière)»<sup>8</sup>. À ce titre, la *Loi sur les cités et villes*<sup>9</sup>(ci-après *L.c.v.*) a également été amendée et prévoit désormais l'obligation pour les municipalités de 100 000 habitants et plus de nommer un vérificateur général<sup>10</sup>. L'Assemblée nationale<sup>11</sup> et le Parlement fédéral<sup>12</sup> se sont dotés depuis déjà de nombreuses années d'un vérificateur externe et indépendant chargé d'examiner les opérations financières et comptables des administrations québécoise et fédérale. Les paramètres encadrant la charge de vérificateur général sont prévus par les articles 107.1 à 107.17 de la *L.c.v.* Cependant, la loi demeure silencieuse sur certains aspects constitutifs de la charge de vérificateur général, notamment quant à l'étendue des pouvoirs dont ce dernier dispose et quant à la situation institutionnelle occupée par la charge de vérificateur général en rapport avec le pouvoir exécutif municipal. La présente étude vise, justement, à faire ressortir la nature et à délimiter l'étendue des pouvoirs du vérificateur général. Elle a ensuite pour objet l'examen des garanties objectives d'indépendance rattachées à la charge de vérificateur général et les garanties d'impartialité qui peuvent être exigées de la personne du vérificateur général. Nous entendons examiner, dans le cadre de la première partie, la nature du mandat qui est confié par la *L.c.v.* au vérificateur général ainsi que l'étendue des pouvoirs, droits et obligations qui sont rattachés à la charge de vérificateur général. La seconde partie de notre étude sera consacrée à l'examen des garanties objectives d'indépendance qui doivent, selon nous, être nécessairement rattachées à la charge de vérificateur général, de même qu'au degré d'impartialité qui peut être exigé de la part de la personne du vérificateur général.

---

7. Ministère des affaires municipales et de la métropole, en ligne : <[http://www.mamm.gouv.qc.ca/ministre/reor\\_muni/2001\\_09/07r01so.pdf](http://www.mamm.gouv.qc.ca/ministre/reor_muni/2001_09/07r01so.pdf)>.

8. *Ibid.*

9. *Supra* note 6.

10. L.Q. 2001, c. 25, art. 15.

11. L.R.Q. c. V-5.01.

12. *Loi sur le vérificateur général*, S.R.C. 1976-77, c. 34; L.R.C. c. A-17.



## **I. La fonction de vérification et les pouvoirs conférés au vérificateur général d'une municipalité**

Le mandat confié au vérificateur général d'une municipalité aux termes de l'article 107.8 de la *L.c.v.* consiste en un contrôle de la légalité, de la régularité et de la conformité des opérations comptables et financières effectuées par une municipalité ou par une personne morale dont la municipalité ou un de ses mandataires détient plus de cinquante pour cent des parts en actions votantes en circulation ou nomme plus de cinquante pour cent des membres du conseil d'administration<sup>13</sup>. Les enquêtes et examens entrepris par le vérificateur général peuvent avoir pour objet autant le régime d'octroi de subventions, la conformité comptable de la pratique d'une municipalité en matière d'enregistrement des encaisses que la légalité de contrats accordés par cette municipalité. La fonction de vérification est de la nature de l'investigation et est à caractère inquisitoire. Nous allons d'abord définir la fonction de vérification et circonscrire son objet. Nous allons ensuite examiner les pouvoirs dont dispose le vérificateur général dans le cadre de l'accomplissement de son mandat pour ensuite préciser la nature et l'étendue des garanties procédurales dont peuvent bénéficier les personnes qui seront soumises au pouvoir d'enquête du vérificateur général.

### **A) La fonction de vérification**

La fonction de vérification exercée par le vérificateur général d'une municipalité, aux termes de l'article 107.8 de la *L.c.v.*, vise 3 objets : la vérification financière ou l'attestation des états financiers, la vérification de la conformité aux autorisations législatives et réglementaires, ainsi que la vérification de l'optimisation des ressources<sup>14</sup>. La fonction de vérification, lorsqu'elle renferme les trois composantes précédemment énumérées, est généralement désignée par l'expression de «vérification intégrée»<sup>15</sup>.

---

13. *Loi sur les cités et villes*, *supra* note 6, art. 107.7 para. 2.

14. Bureau du Vérificateur général du Québec, en ligne : <<http://www.vgq.gouv.qc.ca/HTML/Organisme.html#Mandat>>; Bureau du Vérificateur général du Canada, en ligne : <<http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/autres.nsf/html/bodyf.htm>>.

15. P. Garant, *Droit Administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Vol. I, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 à la p. 679.

## **1) L'attestation des états financiers**

Le vérificateur général a l'obligation d'examiner, aux termes de l'article 107.8 de la *L.c.v.*, l'information contenue dans les états financiers de la municipalité, de manière à vérifier leur exactitude. Autrement dit, le vérificateur général doit déterminer si, dans un premier temps, la municipalité tient correctement des comptes et registres et, dans un deuxième temps, si l'information contenue dans ces états financiers est exacte. À ce titre, rappelons que le conseil de toute municipalité locale doit, entre le 15 novembre et le 31 décembre de chaque année, préparer et adopter le budget de la municipalité pour le prochain exercice financier et y prévoir des revenus au moins égaux aux dépenses qui y figurent<sup>16</sup>. La vérification d'attestation consiste donc dans l'examen, par le vérificateur, de la fiabilité et de la fidélité de l'information contenue dans les rapports et registres financiers annuels de la municipalité, ainsi que dans l'examen de l'uniformité et de la cohérence interne de la présentation de l'information financière à partir de ces mêmes rapports financiers.

## **2) La vérification de conformité des opérations**

Le vérificateur général a également le mandat, aux termes de l'article 107.8 de la *L.c.v.*, de déterminer si la municipalité perçoit et dépense les montants autorisés conformément aux fins prévues par la loi et les règlements habilitants. Ce type de vérification vise, à proprement parler, à vérifier de la légalité des opérations financières, commerciales et comptables effectuées par la municipalité : elle peut porter, par exemple, sur l'examen de contrats et subventions accordés par la municipalité, ou sur d'autres allocations ou entrées de fonds et deniers qui originent ou mettent en cause les avoirs financiers de la municipalité, au cours d'un exercice financier, soit du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre de chaque année<sup>17</sup>.

---

16. *Loi sur les cités et villes, supra* note 6, art. 474 et 479.

17. *Ibid.*, art. 479.

### **3) La vérification de l'optimisation des ressources**

Enfin, la fonction de vérification consiste aussi, toujours aux termes de l'article 107.8 de la *L.c.v.*, en la vérification de l'optimisation des ressources, aussi appelée vérification de rendement. Ce type de vérification consiste en l'examen des programmes adoptés et des politiques mises en place par la municipalité de manière à gérer et à utiliser de manière économique, efficace et efficiente ses ressources financières. À ce titre, le vérificateur général est amené à analyser les pratiques suivies par la municipalité et à porter un jugement critique sur le degré d'efficience et d'efficacité de ces mêmes pratiques de gestion et de contrôle, ainsi que des systèmes de rapports comptables et financiers mis en place par la municipalité. Précisons toutefois que l'examen effectué par le vérificateur général ne saurait avoir pour objet l'examen du bien-fondé, de la sagesse ou encore de l'opportunité économique, sociale et politique des choix effectués par la municipalité quant aux programmes et autres systèmes dont elle s'est dotée pour mesurer l'efficacité et l'efficience dans l'utilisation de ces ressources financières, ou quant aux choix effectués par la municipalité relativement à des programmes qu'elle aurait élaborés dans le cadre des limites de ses attributions<sup>18</sup>. Comme le dit le professeur Garant, la fonction d'optimisation des ressources vise à:

[...] s'assurer que les ressources sont acquises au meilleur coût (économique), qu'elles sont transformées en biens et services avec le meilleur rendement (efficience) et que la mesure de l'atteinte des objectifs (efficacité) est effectuée et rapportée partout où il est possible de le faire.<sup>19</sup>

Par conséquent, l'examen du vérificateur, dans le cadre de la vérification de l'optimisation des ressources, doit être circonscrit à l'examen du degré de succès dans la mise en œuvre d'un programme ou d'une politique donnée, examen qui se fait en mesurant le degré de rendement dans l'utilisation des

---

18. *Loi sur les cités et villes*, *supra* note 6, art. 107.8 al(2); P. Yssalis et D. Lemieux, *L' action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 981; P. Garant, *supra* note 15 à la p. 678.

19. P. Garant, *supra* note 15 à la p. 678; *Loi sur le vérificateur général*, *supra* note 11, art. 21 : définitions d'économie, efficience et efficacité.

ressources mobilisées pour la mise en œuvre d'un programme donné et en mesurant le degré d'atteinte des objectifs et des effets recherchés lors de la mise en œuvre d'un programme ou d'une politique donné.

## **B) Les pouvoirs et obligations du vérificateur général**

Le mandat confié au vérificateur général d'une municipalité consiste en un contrôle de la légalité, de la régularité et de la conformité des opérations comptables commerciales et financières effectuées par une municipalité. À cet effet, les examens de contrôle et les exercices d'enquête qu'a à mener le vérificateur général ne sauraient être entrepris sans que ce dernier jouisse de certains pouvoirs qui lui permettent de recueillir les éléments d'information probants et pertinents à sa fonction, les analyser et tirer les conclusions de faits utiles à son mandat. Autrement dit, le vérificateur général doit disposer des pouvoirs nécessaires qui lui permettent de découvrir la vérité quant à la légalité, la conformité et la régularité des opérations financières, commerciales et comptables d'une municipalité. Toutefois, les exercices d'enquête du vérificateur général ne doivent pas être effectués au détriment des droits de personnes qui peuvent être affectées par les examens effectués par le vérificateur général. Ces mêmes personnes ont droit au respect de certaines garanties à caractère substantif et à caractère procédural. Nous examinerons d'abord la nature des pouvoirs dont dispose le vérificateur général pour ensuite analyser l'étendue des garanties procédurales dont jouissent les personnes qui sont appelées à déposer et à produire des documents auprès du vérificateur général.

### **1) La planification et l'élaboration des examens de vérification**

#### **a) Liberté dans la fréquence des examens**

De manière à procéder et à mener à terme de manière efficace l'examen des opérations financières et comptables d'une municipalité, le bureau du vérificateur général doit pouvoir jouir de la latitude nécessaire au chapitre de la détermination du degré de fréquence des examens qu'il effectuera. Le

vérificateur général doit disposer d'une autonomie décisionnelle<sup>20</sup> en rapport avec la façon dont seront effectuées les enquêtes. À ce sujet, la *L.c.v.* est muette, sauf dans la mesure prévue par le dernier alinéa de l'article 107.13 et le premier alinéa de l'article 107.8, qui énoncent respectivement que le vérificateur général peut, en tout temps, transmettre un rapport faisant état de constatations méritant d'être portées à l'attention du conseil avant le dépôt de son rapport annuel, et que la détermination des matières qui feront l'objet d'un exercice de vérification est laissée à la discrétion du vérificateur général. La *Loi sur le vérificateur général* du Québec énonce toutefois ce qui suit à son article 46 :

Sous réserve de la présente loi et des autres lois qui lui sont autrement applicables, le vérificateur général effectue, *au moment, à la fréquence et de la manière qu'il détermine*, les vérifications et enquêtes nécessaires à l'exercice de ses fonctions.<sup>21</sup> (nos italiques)

La Loi fédérale sur le vérificateur général fédérale, quant à elle, énonce à l'article 5 que:

Le vérificateur général est le vérificateur des comptes du Canada, y compris ceux qui ont trait au Trésor et, à ce titre, il effectue les examens et enquêtes *qu'il juge nécessaires pour lui permettre de faire rapport comme l'exige la présente loi*. (nos italiques)

et que le vérificateur, selon les termes du paragraphe a) de l'article 9 :

examine, *de la manière qu'il juge appropriée*, les comptes et les registres de chaque registraire et procède, à la demande du ministre des Finances, à tout autre examen des opérations d'un registraire.<sup>22</sup> (nos italiques)

À notre avis, le vérificateur général d'une municipalité, au même titre que le vérificateur québécois et le vérificateur fédéral, doit pouvoir déterminer

---

20. La question de l'autonomie décisionnelle est examinée plus en détails et sous l'angle de considérations constitutionnelles dans le cadre de la partie traitant des garanties objectives d'indépendance du bureau du vérificateur : partie II-A) et II-B).

21. *Supra* note 11, art. 46.

22. *Supra* note 12, art. 5 et 9.

de manière indépendante et à l'abri de pressions extérieures le nombre et la fréquence des examens de contrôle des opérations à être effectuées pour la collecte de l'information. À ce titre, la fonction même de vérification, qui consiste à examiner la régularité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité, ne pourrait qu'être dénaturée si des fonctionnaires dont les activités peuvent être examinées par le vérificateur général pouvaient savoir qu'à des dates fixes durant l'année, ils auraient à répondre de leurs agissements concernant certaines opérations ou certaines transactions. Comme le dit la juge Wilson, dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, à propos de la finalité recherchée par les pouvoirs confiés à des inspecteurs du ministère du Revenu national dans le contrôle des déclarations fiscales et de la constitutionnalité de ces mêmes pouvoirs:

Conséquemment, le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations. Le ministre doit être capable d'exercer ces pouvoirs, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi. Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal.<sup>23</sup>

Ces commentaires de la juge Wilson ont été formulés dans le cadre d'un pourvoi où la Cour avait à déterminer de la constitutionnalité, au regard de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>24</sup> (ci-après, la *Charte canadienne*), des pouvoirs de perquisitions et de saisie confiés aux inspecteurs du ministère du Revenu national. Toutefois, nous pensons qu'ils expriment également un souci de préserver, dans un contexte d'enquête quasi judiciaire, l'autonomie décisionnelle des inspecteurs du fisc. On ne peut évidemment pas présumer de la mauvaise foi, de la négligence ou de la nonchalance professionnelle de fonctionnaires au service d'une municipalité, et les fonctions du vérificateur général s'inscrivent dans un cadre législatif déterminé qui ne

---

23. [1990] 1 R.C.S. 627 à la p. 648.

24. *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

l'autorise pas à agir sur la base de considérations arbitraires, discriminatoires, empreintes de malice ou non pertinentes<sup>25</sup>. Cependant, nous sommes d'avis que l'on ne peut contraindre indûment le vérificateur général dans l'accomplissement de ces fonctions en lui imposant un calendrier prédéterminé d'examens.

**b) Liberté dans le choix de la méthode d'examen privilégiée**

Pour pouvoir contrôler adéquatement la légalité et la régularité des opérations financières, commerciales et comptables d'une municipalité, le bureau du vérificateur général doit aussi pouvoir déterminer de manière indépendante et autonome du choix des critères de vérification, c'est-à-dire les normes au regard desquelles les opérations seront examinées, et des paramètres généraux encadrant l'exercice de vérification, c'est-à-dire la stratégie d'enquête qui sera adoptée pour effectuer les examens de vérifications, stratégies relatives, par exemple, aux secteurs étudiés et aux documents et renseignements recherchés. À ce titre, les commentaires formulés dans la partie précédente, traitant de la liberté dans la fréquence des examens, trouvent application en l'espèce, de même que ceux formulés par rapport aux lois québécoise et fédérale sur le vérificateur général. Les normes de vérification sont précisément ces règles, outils et usages comptables qui permettront d'analyser la régularité et la conformité des opérations sous examen. Le vérificateur général aura également à examiner les textes de loi et autres règlements habilitants pour déterminer de la légalité d'opérations ou de transactions. Les paramètres généraux de vérification consistent en la stratégie ou procédure qui sera privilégiée dans le cadre de l'exercice de vérification : il s'agit ici d'identifier les programmes qui, au sein d'une direction donnée, seront examinés, et aussi d'identifier les personnes qui pourraient être interrogées et les documents dont la production pourrait être exigée.

---

25. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Cité de Sillery c. Sun Oil*, [1964] R.C.S. 552; *Padfield c. Minister of Agriculture*, [1968] 1 All. E.R. 694; *Ville de Prince George c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458; *Bell c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Texaco Canada c. City of Vanier*, [1981] 1 R.C.S. 254; *Administration du Pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship*, [1981] 1 R.C.S. 251; *Montréal c. Arcade Amusements*, [1985] 1 R.C.S. 368.

## 2) Libre accès à tout renseignement ou document «se rapportant à l'exercice de ses fonctions»

Le contrôle de la légalité et de la conformité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité ne peut être accompli de façon utile et satisfaisante si le vérificateur général peut se voir refuser l'accès régulier et continu aux renseignements qui sont pertinents pour les fins de ses exercices de vérification. À ce titre, le deuxième alinéa de l'article 107.8 de la *L.c.v.* prévoit expressément le pouvoir, en faveur du vérificateur général, d'exiger la production de «tout document concernant les affaires et les comptes relatifs aux objets de sa vérification», et le troisième alinéa l'autorise à prendre connaissance de «tous les renseignements, rapports et explications qu'il juge nécessaires»<sup>26</sup>. La question se pose de savoir s'il existe des restrictions inhérentes au pouvoir du vérificateur général d'exiger la communication et la production de documents qui appartiennent à la municipalité, c'est-à-dire la question de savoir si, par exemple, le conseil, ou le greffier, peut refuser au nom de la municipalité l'accès du vérificateur à des documents qui lui appartiennent. La Cour suprême a eu à examiner une question semblable dans l'arrêt *Canada (vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*<sup>27</sup>. En l'espèce, le vérificateur général cherchait à consulter des documents du Cabinet antérieurs à l'affectation des fonds par le Parlement, fonds destinés à l'acquisition de la société *Petrofina Canada Inc.* par la société d'État, et mandataire de Sa Majesté, *Pétro-Canada*<sup>28</sup>. S'étant vu refuser par le greffier du Conseil Privé et par le Premier ministre l'accès aux documents recherchés, le vérificateur général s'est alors pourvu par voie de requête en *mandamus* devant la Cour fédérale, enjoignant aux intimés de lui donner librement accès aux documents identifiés dans la lettre de réponse du Premier ministre et de lui fournir copies des documents, et demandait également la délivrance d'une injonction permanente interdisant aux intimés d'empêcher l'accès aux documents visés par l'ordonnance de *mandamus*<sup>29</sup>. La Cour, sous la plume du juge Dickson, énonce

---

26. Voir, au même effet, les articles 107.7 para. (2), dans le cas d'une personne morale détenue par la municipalité, et 107.10 (1) dans le cas d'une personne qui a bénéficié d'une aide de la part de la municipalité.

27. [1989] 2 R.C.S. 49.

28. *Ibid.* aux pp. 60-71.

29. *Ibid.* à la p. 71.



que le droit d'accès du vérificateur général à des documents, droit prévu par le paragraphe (1) de l'article 13 de sa loi constitutive<sup>30</sup>, est circonscrit par le libellé même de cet article qui permet au vérificateur général l'accès aux documents se rapportant à l'exercice de ses fonctions, sous réserve des dispositions d'une autre loi du Parlement qui se réfère expressément à ce paragraphe. En l'espèce, le paragraphe 28 (6) de la *Loi sur la Cour fédérale* interdisait justement à cette dernière d'infirmier une décision du Gouverneur en Conseil (1)<sup>31</sup>. Par ailleurs, le recours aux tribunaux pour régler un différend entre la Couronne et le vérificateur général, qui se trouve à être un différend entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral, ne constitue pas un remède approprié au bénéfice du vérificateur général, car le Parlement a décidé, au moyen du paragraphe 7 (1) b) de la *Loi sur le vérificateur général*<sup>32</sup>, de limiter le recours du vérificateur général à l'expression d'une mention dans son rapport annuel à l'effet de laquelle il a pu, ou il n'a pu, avoir accès aux documents utiles et pertinents aux fins de l'exercice de ces fonctions<sup>33</sup>. Le vérificateur général ne dispose donc pas du pouvoir de saisir les tribunaux pour régler un différend qui l'oppose aux gouvernements : il peut cependant porter à l'attention du public, au moyen d'une mention à cet effet dans son rapport annuel, qu'il s'est vu refuser l'accès, par les autorités compétentes, à des documents pertinents aux fins de sa vérification<sup>34</sup>. Nous sommes d'avis que les conclusions de la Cour suprême, relativement aux limites inhérentes au droit d'accès du vérificateur général fédéral à des documents pertinents, ne s'appliquent pas au droit d'accès du vérificateur général municipal à des documents pertinents. D'abord, la *L.c.v.* ne contient pas de restrictions expresses ou implicites au droit du vérificateur général d'avoir accès aux documents, renseignements et explications pertinents

---

30. *Loi sur le vérificateur général*, S.C. 1976-77, c. 34.

31. *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, *supra* note 27 à la p. 102.

32. *Supra* note 30.

33. *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, *supra* note 27 à la p. 103; le paragraphe 7 (1) b) était, et est encore, libellé comme suit :

«7. (1) Le vérificateur général prépare à l'intention de la Chambre des communes un rapport annuel dans lequel :

b) il indique s'il a reçu, dans l'exercice de ces activités, tous les renseignements et éclaircissements réclamés.»

34. *Ibid.*

aux fins de sa vérification<sup>35</sup>. Au contraire, elle énonce plutôt de manière non équivoque le droit d'accès du vérificateur général à tous les documents et renseignements que ce dernier estime pertinents aux fins de sa vérification<sup>36</sup>, documents et renseignements qui peuvent être exigés de la part de tout fonctionnaire ou employé : à ce titre, le fonctionnaire de la municipalité qui est le dépositaire des livres, papiers, registres, procès-verbaux du Conseil et autres documents, c'est-à-dire le greffier, demeure à la disposition du vérificateur général<sup>37</sup>. Ensuite, les dispositions législatives qui limitent, aux niveaux fédéral<sup>38</sup> et provincial<sup>39</sup>, le droit d'accès aux communications, analyses, mémoires, recommandations, procès-verbaux et ordres du jour du Cabinet et du Conseil des ministres visent avant toute chose à protéger le principe de solidarité ministérielle<sup>40</sup>, dont l'application ne peut bénéficier aux membres d'un conseil municipal. Ajoutons également que le deuxième alinéa de l'article 48 de la *Loi sur le vérificateur général*<sup>41</sup> dispose que «le présent article s'applique malgré la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et la protection des renseignements personnels* (chapitre A-2.1)», alors que son troisième alinéa énonce que «le présent article prévaut sur une disposition d'une loi générale ou spéciale postérieure qui lui serait contraire à moins que cette dernière loi n'énonce s'appliquer malgré le présent article». La *L.c.v.* ne contient pas une telle disposition, mais ses articles 107.7 à 107.10 sont au même effet.

**a) «tout» renseignement ou document : rapports, notes, memoranda et autres explications**

La notion de renseignement renvoie à la fois à celle d'éléments d'information et à celle de support physique de cette information. Autrement dit,

---

35. *Loi sur les cités et villes*, *supra* note 6, art. 107.8, 107.9 et 107.10.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*; *Loi sur les cités et villes*, *supra* note 6, art. 85-90.

38. *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. c. A-1, art. 69; *Loi sur la preuve*, L.R.C. c. C-5, art. 36-39.

39. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1, art. 33.; *Code de procédure Civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 308.

40. R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Tome 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1986 à la p. 1023.

41. *Supra* note 11.

l'accès régulier et continu à des renseignements dont bénéficie le vérificateur général dans le cadre de l'exercice de ses fonctions se rapporte autant aux livres comptables, memoranda, notes de service, travaux préparatoires, études, procès-verbaux de réunion, courriers électroniques, cd-roms et disques durs, qu'aux personnes qui seraient en mesure de communiquer l'information recherchée ou qui serait autrement utile à l'accomplissement du mandat du vérificateur général. Le bureau du vérificateur général doit être en mesure de pouvoir examiner librement et sans entraves tout support physique, qu'il soit traditionnel ou informatique, qui contient des renseignements, et de pouvoir interroger toute personne qui est susceptible de pouvoir communiquer les renseignements utiles à l'exercice de ses fonctions<sup>42</sup>.

**b) «se rapportant à l'exercice de ses fonctions»**

Le pouvoir du vérificateur général d'obtenir la communication de renseignements ou la production de documents n'est pas absolu. Le principe directeur est celui de la pertinence et de l'utilité de l'information recherchée et exigée : l'information recherchée et exigée doit se rapporter aux objets de sa vérification et à l'accomplissement de son mandat<sup>43</sup>. L'information recherchée devra être de la nature de celle qui lui permettra, après analyse et interprétation, de fournir une opinion circonstanciée et motivée et de formuler un jugement critique par rapport à la légalité, à la conformité et à la régularité des opérations comptables, commerciales et financières de la municipalité.

**3) Les pouvoirs d'une commission d'enquête**

La finalité ultime du mandat confié au vérificateur général d'une municipalité est de fournir aux citoyens de cette même municipalité, au moyen d'un rapport annuel, une opinion experte, impartiale et critique par rapport à la

---

42. *Loi sur les cités et villes*, supra note 6, art. 197.8, 107.9 et 107.10 .

43. *Dubé c. Vérificateur général du Québec & Al* (11 mai 2001), Québec 200-09-003444-012 (C.A.), J.J. Dussault, Robert et Pidgeon : la cour d'appel a alors consacré le principe de la non-contrainabilité du vérificateur général relativement aux renseignements relatifs aux objets de sa vérification; *Loi sur les cités et villes*, supra note 6, art. 107.8; *Loi sur le vérificateur général*, supra note 12, art. 13 (1); *Loi sur le vérificateur général*, supra note 11, art. 48.

légalité, la conformité et la régularité des opérations comptables, commerciales et financières effectuées par une municipalité durant une année fiscale donnée. À ce titre, le vérificateur général se voit confier le mandat d'énoncer des conclusions de faits à partir de données et d'éléments d'information à caractère probant colligés lors d'une enquête qui ont ensuite été analysés et interprétés. Le bureau du vérificateur général établit une stratégie ou une procédure d'enquête, recueille les renseignements utiles et pertinents, les interprète, évalue leur force probante au niveau comptable et légal, et enfin fournit ses conclusions relativement au degré de régularité et de légalité qui caractérisent les opérations sous examen. De fait, la fonction principale remplie par le vérificateur général d'une municipalité correspond en tout point à celle traditionnellement reconnue à une commission d'enquête. Dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)* (ci-après *Phillips*), le juge Cory énonce que :

[...] l'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population.<sup>44</sup>

Le professeur Roderick A. Macdonald, quant à lui, dit ceci à propos de la fonction d'une commission d'enquête :

In essence, the inquiry is a sui generis government instrumentality which possesses the following basic characteristics: its processes are public, its creation is ad hoc, and its legal objective is an investigatory/advisory report rather than a definitive decision.<sup>45</sup>

Les professeurs Lemieux et Issalys, quant à eux, soulignent à propos du vérificateur général québécois que :

[...] dans l'exercice de ses fonctions, le vérificateur général dispose de pouvoirs d'enquête similaires à ceux des commissions d'enquête et a

---

44. [1995] 2 R.C.S. 97 à la p. 137.

45. «The commission of inquiry in the perspective of administrative law» (1980) 18 Alta. L. Rev. 366 à la p. 369.

droit d'accès à tous les renseignements nécessaires à ses travaux (sous réserve de certaines limites [...]).<sup>46</sup>

En effet, le vérificateur général québécois, par le biais de sa loi constitutive<sup>47</sup>, bénéficie de pouvoirs généralement reconnus aux commissions d'enquête, par l'effet des articles 46 à 53. Le vérificateur général fédéral, quant à lui, bénéficie à peu près des mêmes pouvoirs, par l'effet des articles 5, 9, 13 et 14 de sa loi constitutive<sup>48</sup>. En l'espèce, le vérificateur général municipal dispose du pouvoir d'exiger la communication de renseignements et la production de documents<sup>49</sup>. Le vérificateur général peut également interroger tout employé ou fonctionnaire relativement aux objets de sa vérification<sup>50</sup>. De plus, le vérificateur général ne peut être contraint de faire une déposition ou de produire un document se rapportant à ou contenant un renseignement obtenu dans l'exercice de ses fonctions<sup>51</sup>. Le vérificateur bénéficie également d'une immunité en matière de poursuite civile relativement à tout acte accompli de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions<sup>52</sup>. Nous sommes d'avis que le vérificateur général d'une municipalité doit pouvoir bénéficier des mêmes pouvoirs de contrainte généralement accordés à une commission d'enquête, pour les motifs suivants :

- le vérificateur dispose, en vertu de la *L.c.v.*, du pouvoir d'exiger la production des documents et d'exiger la communication de renseignements;
- le vérificateur général exerce des fonctions de nature investigatrice;
- le vérificateur jouit d'une immunité de poursuite en matière civile;
- le vérificateur ne peut être contraint à témoigner ou à produire des documents relatifs aux objets de sa vérification;
- la finalité du mandat qu'il doit accomplir est de tirer des conclusions de faits de manière critique, impartiale et informée par rapport à la légalité,

---

46. P. Yssalis et D. Lemieux, *supra* note 18 à la p. 978.

47. *Loi sur le vérificateur général*, *supra* note 11.

48. *Loi sur le vérificateur général*, *supra* note 12.

49. *Supra* Parties 2) a) et 2) b) aux pp. 7-8 de la présente étude.

50. *Loi sur les cités et villes*, *supra* note 6, art. 107.8, 107.9 et 107.10.

51. *Ibid.*, art. 107.16 al. (1).

52. *Ibid.*, art. 107.17 al. (2) et (3).

la conformité et la régularité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité.

**a) Le pouvoir d'assigner à comparaître et d'interroger sous serment**

Le vérificateur général municipal doit pouvoir contraindre un employé de la municipalité à comparaître devant lui et l'interroger sous serment. L'article 107.8 de la *L.c.v.* énonce que le vérificateur a le droit d'exiger, de tout employé de la municipalité, tous les renseignements, rapports et explications «qu'il juge nécessaire». Cet article, à notre avis, vise clairement la déposition ou le témoignage oral d'une personne. L'article 49 de la *Loi sur le vérificateur général*, version québécoise<sup>53</sup>, énonce que :

Le vérificateur général, ou le représentant qu'il désigne par écrit, peut, dans l'exercice de ses fonctions, interroger toute personne sous serment et l'obliger à produire tout document; il est investi, à cette fin, des pouvoirs et de l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'imposer une peine d'emprisonnement

La *Loi sur le vérificateur général*<sup>54</sup>, version fédérale, dispose quant à elle, au para. 13(4), que :

Le vérificateur général peut interroger sous serment toute personne au sujet d'un compte soumis à sa vérification; à cette fin, il peut exercer les pouvoirs conférés aux commissaires par la partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

La *L.c.v.* ne prévoit pas expressément le pouvoir de contraindre à témoigner, mais il doit, à notre avis, s'inférer de l'économie générale des dispositions relatives à la charge de vérificateur général et de la nature particulière des fonctions qu'il exerce. En cas de refus par la personne contrainte de se présenter devant le vérificateur ou l'une des personnes chargées par lui de prendre déposition aux temps et lieu convenus, l'article 10 de la *Loi sur les*

---

53. *Supra* note 11.

54. *Supra* note 12.

*commissions d'enquêtes*<sup>55</sup> (ci-après *L.c.e.*) énonce que la personne en défaut de comparaître ou qui refuse de comparaître devant le vérificateur général ou l'un de ces employés désignés pourra être traitée de la «même manière que si elle était en défaut d'obéir à une citation (subpoena) ou une assignation légalement émise par une cour de justice». C'est donc dire que le vérificateur pourrait alors être autorisé, le cas échéant, s'il est d'avis que le témoignage recherché est nécessaire et pertinent aux objets de sa vérification, à émettre contre la personne en défaut un mandat d'amener<sup>56</sup>. Par ailleurs, si une personne qui se présente devant le vérificateur général ou l'un de ses employés refuse de prêter serment ou refuse, sans raison valable, de répondre aux questions qui peuvent légalement lui être posées, l'article 11 de la *L.c.e.* énonce que cette personne commet alors un outrage au tribunal et doit être punie en conséquence. L'article 51 du *Code de procédure civile*<sup>57</sup> énonce que l'outrage au tribunal est passible d'une amende n'excédant pas \$ 5 000 ou d'un emprisonnement pour une période d'au plus un an. Cependant, la *Loi sur le vérificateur général*, version québécoise, n'accorde pas le pouvoir d'ordonner l'emprisonnement au vérificateur général du Québec<sup>58</sup>. Il faut ici apporter quelques précisions relativement aux garanties constitutionnelles qui peuvent bénéficier à une personne appelée à témoigner devant un organisme qui exerce des pouvoirs d'enquête. À ce titre, il faut rappeler que le vérificateur général d'une municipalité constitue un organisme public, aux fins d'application de la *Charte Canadienne*, que son existence est prévue par la *L.c.v.* et qu'il détient ses pouvoirs de la *L.c.v.*<sup>59</sup>. Nous sommes d'avis que le vérificateur général d'une municipalité se doit, dans le cadre de l'accomplissement de ses fonctions, d'agir conformément aux préceptes de la *Charte canadienne* pour les motifs suivants :

---

55. L.R.Q. c. C-37.

56. *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 284 (1).

57. *Ibid.*, art. 51.

58. *Loi sur le vérificateur général*, *supra* note 11, art. 49.

59. Sur l'applicabilité de la *Charte Canadienne* à un organisme administratif donné, voir *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Lavigne c. Syndicat des Employés de la fonction Publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Eldridge c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

- la charge de vérificateur général consiste en la mise en œuvre d'une politique gouvernementale, c'est-à-dire celle de renforcer la démocratie municipale et d'assurer l'équité et la transparence comptable au niveau des administrations municipales;
- le vérificateur général détient ses pouvoirs de la Loi;
- les fonctions qu'il remplit sont «de nature gouvernementale» et peuvent être attribuées au gouvernement au sens de l'article 32 de la Charte<sup>60</sup>.

En matière criminelle, il existe deux manières de mobiliser une personne contre elle-même, à savoir, l'amener à soumettre une preuve qui n'existait pas avant la violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne*, ou l'amener à participer à la découverte de cette preuve incriminante<sup>61</sup>. L'une des façons de mobiliser une personne contre elle-même est de l'obliger à témoigner durant son procès au criminel. À ce titre, le témoignage forcé d'une personne devant une instance administrative ou devant un organisme qui exerce des fonctions quasijudiciaires peut équivaloir à une façon de mobiliser une personne contre elle-même. En principe, on ne peut obliger une personne accusée dans le cadre d'un procès criminel à témoigner durant l'instance<sup>62</sup>. Devant une instance administrative de la nature d'une commission d'enquête, la protection contre l'auto-incrimination ne pourra bénéficier à une personne contrainte de témoigner que dans la mesure où cette dernière est en mesure d'établir que la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre elle plutôt que la réalisation d'une fin publique légitime<sup>63</sup>. S'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve pertinents aux fins de l'exercice en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre une personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas

---

60. *Eldridge c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, supra note 59 aux pp. 643-644; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, supra note 59 aux pp. 881-882 : conclusions du Juge Laforest, auxquelles adhèrent les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, selon lesquelles plusieurs considérations militent en faveur d'une application de la *Charte canadienne* aux municipalités.

61. *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607 à la p. 653.

62. *Charte canadienne des droits et libertés*, supra note 24, art. 13; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. P.(M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229.

63. *B.C. Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, 15; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, supra note 45 à la p. 146.



s'incriminer<sup>64</sup>. Pour répondre à une fin publique valide, le témoignage forcé devant une commission d'enquête ou une instance administrative doit viser à obtenir des preuves utiles à l'enquête<sup>65</sup>. S'il est établi que le seul préjudice subi par la personne contrainte est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors l'ordre ou la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question<sup>66</sup>. Mais le témoin qui est en mesure d'établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important et susceptible de compromettre son droit à un procès juste et équitable ne sera pas contraignable<sup>67</sup>. C'est à la personne contrainte de témoigner et qui soutient que le témoignage forcé ne vise pas à réaliser une fin publique légitime qu'incombe le fardeau de prouver la fin véritablement prédominante qui est recherchée par le témoignage forcé<sup>68</sup>. Une fois cette preuve faite, la personne ne doit plus être contrainte à témoigner, à moins que la personne qui cherche à contraindre ne puisse justifier cette contrainte<sup>69</sup>.

Une autre façon de mobiliser une personne contre elle-même est en utilisant des éléments de preuve dérivée, c'est-à-dire des éléments de preuve dont la découverte est elle-même tributaire de la découverte préalable et antérieure d'un élément de preuve lui-même découvert grâce à la violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne*<sup>70</sup>. À ce titre, une personne contrainte à témoigner et dont le témoignage forcé permet la découverte ultérieure d'éléments de preuve incriminants pourra bénéficier de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Cette protection découle de l'article 7 de la *Charte canadienne* et non pas de son article 13<sup>71</sup>. Cette protection ne peut toutefois bénéficier à la personne contrainte que dans le cadre de procédures ultérieures où elle est accusée d'une infraction pénale ou criminelle ou dans tout type de procédure qui déclenche l'application de l'article 7<sup>72</sup>. La personne accusée aura alors la charge de démontrer l'existence plausible d'un lien entre

---

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*

70. *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13 aux pp. 63-63.

71. *R. c. S.(R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451 à la p. 562.

72. *Ibid.*; *B.C. Securities Commission c. Branch*, *supra* note 63 à la p. 14.

le témoignage forcé et les éléments de preuve que l'on cherche à produire devant le tribunal<sup>73</sup>. Une fois cela établi, il incombera alors au ministère public, qui cherche à faire admettre les éléments de preuve litigieux, d'établir selon la prépondérance des probabilités que ces éléments de preuve auraient été découverts par les autorités malgré et en l'absence du témoignage forcé de la personne aujourd'hui accusée<sup>74</sup>. Quoi qu'il en soit, il faut se rappeler que la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut bénéficier à la personne contrainte de témoigner que dans le cadre de procédures ultérieures, et non pas au moment où l'ordre de témoigner est initialement formulé dans le cadre de l'instance administrative.

#### **b) Le pouvoir d'exiger la production de documents**

Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, le vérificateur général a le droit de prendre connaissance de tout document<sup>75</sup> et d'exiger de tout employé de la municipalité les rapports utiles à son enquête<sup>76</sup>. Une personne qui se voit intimer par le vérificateur général l'ordre de produire des documents ne peut pas, en principe, refuser de les produire<sup>77</sup>. Toutefois, le problème se pose de savoir si la personne contrainte de produire certains documents peut jouir d'une protection contre les saisies abusives<sup>78</sup> et contre l'utilisation de la preuve dérivée. De manière préliminaire, et tout comme dans le cas du problème posé par la contraignabilité d'une personne à témoigner, la question qui se pose relativement à la production de documents est celle de savoir si elle peut être forcée au moment de l'enquête par le vérificateur général. Le critère élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. S.(R.J.)*<sup>79</sup> relativement à la preuve dérivée du témoignage forcé d'une personne contrainte, auquel nous avons fait brièvement allusion dans la partie précédente, s'applique également à la production forcée

---

73. *R. c. S.(R.J.)*, *supra* note 71 aux pp. 565-566.

74. *Ibid.*

75. *Supra*, partie I-B)-2) de la présente étude.

76. *Ibid.*

77. *R. c. McKinlay Transport Ltd*, *supra* note 11; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives de commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

78. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 24, art. 8.

79. *Supra* note 71.

de documents<sup>80</sup>. Toutefois, comme dans le cas du témoignage, cette protection ne peut bénéficier à la personne contrainte à la production de documents que dans le cadre de procédures ultérieures engagées contre elle<sup>81</sup>. De plus, dans l'éventualité où les documents exigés renferment des communications, le droit à la protection contre l'auto-incrimination ne peut bénéficier à une personne contrainte qu'à l'égard de documents qui renferment des communications faites avant la contrainte de production et de façon indépendante de celle-ci<sup>82</sup>. Quant à la protection contre les saisies abusives, elle ne vise à protéger, en principe, que les attentes légitimes en matière de protection de la vie privée<sup>83</sup>. De fait, ces attentes varient en fonction de la nature du contexte dans lequel a eu lieu la violation reprochée<sup>84</sup>. En effet, la norme d'examen de ce qui est raisonnable en matière de protection de la vie privée est appelée à varier en fonction du type de renseignements et de documents exigé et de la nature des circonstances dans lesquelles est effectuée la saisie<sup>85</sup>. La norme du caractère raisonnable applicable dans le cas de saisies effectuées dans le cadre de la mise en œuvre de procédures criminelles n'est pas la norme appropriée pour déterminer du caractère raisonnable dans un contexte administratif ou réglementaire<sup>86</sup>. Nous sommes par conséquent d'avis qu'un fonctionnaire qui se voit intimer l'ordre de produire des documents par le bureau du vérificateur général ne pourrait bénéficier que d'un degré minimal de protection contre les saisies abusives, en raison de la faible intensité des attentes qu'un fonctionnaire pourrait entretenir par rapport aux documents, notes de services, memoranda qu'il prépare ou auxquels il a accès dans le cadre de ces fonctions. De fait, il s'agit de documents qui ne lui appartiennent pas et qui sont la propriété de la municipalité qui l'emploie<sup>87</sup>.

---

80. *B.C. Securities Commission c. Branch*, *supra* note 63 à la p. 31.

81. *Ibid.* à la p. 32; *R. c. S.(R.J.)*, *supra* note 71 à la p. 562.

82. *B.C. Securities Commission c. Branch*, *supra* note 63 à la p. 32; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives de commerce)*, *supra* note 77 à la p. 608.

83. *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 aux pp. 159-160.

84. *B.C. Securities Commission c. Branch*, *supra* note 63 à la p. 35; *Thomson*, *supra* note 77 aux pp. 495-496, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495 à la p. 528.

85. *R. c. McKinlay Transport Ltd*, *supra* note 23 à la p. 645.

86. *Comité paritaire de l'industrie de la Chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406 aux pp. 445, 452-453.

87. *Loi sur les cités et villes*, *supra* note 6, art. 79.

#### **4) Le respect des règles de justice naturelle et le caractère inquisitoire de la fonction de vérificateur général**

Le juge Gonthier, qui avait à examiner, au nom de la Cour, la nature des fonctions exercées par un comité formé aux termes des articles 268 et 269 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*<sup>88</sup> pour enquêter sur une plainte déposée auprès du Conseil de la magistrature québécois, déclarait ceci :

Tel que je l'ai souligné plus haut, le Comité a pour mission de veiller au respect de la déontologie judiciaire et remplit, à ce titre, une fonction qui relève incontestablement de l'ordre public. Il doit, à cette fin, faire enquête sur les faits pour décider s'il y a eu manquement au *Code de déontologie* et recommander les mesures qui soient les plus aptes à remédier à la situation. Aussi, comme le révèlent les dispositions législatives précitées, le débat qui prend place devant lui n'est-il pas de l'essence d'un litige dominé par une procédure contradictoire mais se veut plutôt l'expression de fonctions purement investigatrices, marquées par la recherche active de la vérité.<sup>89</sup>

Le mandat rempli par le vérificateur général d'une municipalité, au moyen d'examens et d'enquêtes, est lui aussi caractérisé, voire dominé, par la recherche active de la vérité relativement à la légalité et la conformité des opérations comptables, commerciales et financières de la municipalité. La question se pose de savoir quelle est la nature exacte des fonctions exercées, sur le plan de la qualification administrative des actes, par le vérificateur général d'une municipalité.

##### **a) Le principe : la nature quasi judiciaire des pouvoirs exercés par le vérificateur général et l'obligation de respect de la règle *audi alteram partem***

Le vérificateur général exerce des fonctions qui sont de nature investigatrice. Ce dernier recueille des éléments de preuve, les interprète et les analyse, pour ensuite tirer des conclusions de faits par rapport à la légalité, la

---

88. L.R.Q. c. T-16.

89. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 aux pp. 311-312.

conformité et la régularité comptable des opérations financières d'une municipalité. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer la nature des pouvoirs, du point de vue administratif, exercés par le vérificateur général d'une municipalité, c'est-à-dire de déterminer s'ils se rapprochent plus de l'acte administratif ou ministériel, ou s'ils s'apparentent surtout à des pouvoirs de nature quasi judiciaire. De manière concomitante, se pose la question de savoir si le vérificateur général constitue un tribunal au sens des articles 23 et 56 de la *Charte québécoise des droits et libertés* (ci-après la *Charte québécoise*). L'article 23 est libellé de la façon suivante :

[audition impartiale par tribunal indépendant] Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.  
[huis clos] Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

Le paragraphe (1) de l'article 56 énonce quant à lui que :

[«Tribunal»] Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot «tribunal» inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires.<sup>90</sup>

La démarche appropriée qui doit être suivie aux fins de la qualification des fonctions exercées par une instance administrative en regard des articles 23 et 56 de la *Charte québécoise* a été proposée par le juge Gonthier qui, au nom de la Cour, a rédigé les motifs de la majorité dans l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*<sup>91</sup> (ci-après *RPAQ*). Le juge Gonthier s'inspire de la grille d'analyse fournie par le juge Dickson, dans l'arrêt *Ministre du revenu national c. Coopers & Lybrand*<sup>92</sup>, permettant de départager les fonctions quasi judiciaires des fonctions administratives :

---

90. L.R.Q. c. C-12, art. 23 et 56 (1).

91. [1996] 3 R.C.S. 919.

92. [1979] 1 R.C.S. 495.

Le juge Dickson, au nom de la cour, y résuma les facteurs à considérer, aux pp. 504 et 505 : [...]

- (1) les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise?
  - (2) la décision ou l'ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?
  - (3) s'agit-il d'une procédure contradictoire?
  - (4) s'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?
- Tous ces facteurs doivent être soupesés et évalués et aucun d'entre eux n'est nécessairement déterminant.<sup>93</sup>

Selon le juge Dickson, il faut se garder de conclure, de façon péremptoire et précipitée, à la présence ou à l'absence d'un processus quasi judiciaire sur la base exclusive du constat de la réunion de certains ou de l'ensemble des paramètres qui indiquent l'existence d'une fonction quasi judiciaire, ou encore sur la base exclusive du constat de l'absence de l'un de ces paramètres<sup>94</sup>. En effet, précise le juge Dickson, ces facteurs ne constituent que de simples indices qui autorisent un tribunal, après avoir procédé à un examen général du contexte dans lequel est appelée à s'exercer la fonction dont on cherche la qualification, à conclure à l'existence d'un processus à caractère quasi judiciaire, lorsque à tout le moins certains d'entre eux sont réunis<sup>95</sup>. C'est donc dire qu'aucun élément, par sa simple présence, ne saurait être en soi déterminant, dans le cadre de cet exercice de qualification de la fonction sous examen, pour conclure à l'existence d'un processus quasi judiciaire, de même que l'absence de l'un de ses éléments ne peut pas autoriser un tribunal à conclure à l'absence d'un processus à caractère quasi judiciaire : par exemple, l'absence de règles de procédure strictes ne sera pas toujours un obstacle au respect de l'obligation d'agir judiciairement, alors que l'importance de la question soumise et le degré de gravité des sanctions qui découleront de la

93. 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, *supra* note 91 aux pp. 941-942.

94. Coopers & Lybrand, *supra* note 92 à la p. 505.

95. *Ibid.*

décision qui doit être rendue par le décideur pourraient le plus souvent milités en faveur de l'imposition d'une obligation d'agir judiciairement<sup>96</sup>. Le juge Gonthier ajoute ceci :

Comme en font foi ces commentaires du juge Dickson, l'énumération limitative de caractéristiques propres à la décision quasi judiciaire reste périlleuse. En règle générale, aucun élément, pris isolément, ne permet de conclure à la présence d'un processus quasijudiciaire. La combinaison d'une série de facteurs pertinents, eu égard à l'ensemble des circonstances, justifiera plutôt une telle conclusion.<sup>97</sup>

Qu'en est-il en l'espèce? Quelle est la nature des fonctions exercées justement par le vérificateur général ? Tel que mentionné à de nombreuses reprises précédemment, le vérificateur général exerce des fonctions de nature investigatrice et apparentées à celles d'une commission d'enquête. En principe, la collecte d'éléments de preuve de la part du vérificateur général exige, entre autre chose, de rencontrer personnellement les fonctionnaires qui seront amenés à fournir des explications sur certaines décisions prises ou gestes posés dans le cadre de leurs fonctions au moyen d'un interrogatoire. À ce titre, rappelons que nous sommes d'avis que le vérificateur général jouit du pouvoir d'ordonner la comparution de personnes et de les interroger sous serment. Par conséquent, le critère n° 1, soit celui de la tenue d'une «audience», au sens téléologique du terme, peut être vérifié. Ensuite, le vérificateur général, après avoir récupéré l'information nécessaire et procédé à l'analyse et à l'interprétation des éléments de preuve recueillis, doit soumettre un rapport sur la légalité, la conformité et la régularité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité. À ce titre, il sera amené à émettre une opinion motivée et circonstanciée sur, justement, le degré de légalité, de régularité et de conformité de ces mêmes opérations. En principe, le vérificateur général ne dispose pas du pouvoir juridictionnel de conclure à la responsabilité civile ou criminelle des fonctionnaires qui tombent sous la juridiction de sa charge. Comme le dit le juge Cory, dans l'arrêt *Canada (P.G.) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)* :

---

96. *Ibid.*

97. 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, supra note 91 à la p. 942.

Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice.<sup>98</sup>

Cependant, le vérificateur général dispose du pouvoir d'apprécier le degré de sérieux, de rigueur, de diligence caractérisant les gestes posés par les fonctionnaires d'une municipalité dans le cadre de leurs fonctions et aussi, mais surtout, du pouvoir de porter un jugement sur la légalité et la régularité de certaines opérations<sup>99</sup>. Si le vérificateur général n'exerce pas ces pouvoirs selon les exigences d'un tribunal judiciaire, il n'en demeure pas moins qu'il doit évaluer, selon une certaine procédure et au regard de normes légales et comptables, certaines transactions conclues par la municipalité ou pratiques suivies par ses fonctionnaires. Même si le rapport du vérificateur général n'a pas d'effet normatif direct, les conclusions de faits qu'il contient, tirées par le vérificateur général, sont de nature à porter atteinte de manière substantielle à la réputation et à la dignité des individus sous enquête. À ce titre, l'inclusion, au troisième alinéa de l'article 107.16 de la *L.c.v.*, du principe de l'immunité du vérificateur en matière civile par rapport au dépôt et à la publication de son rapport annuel témoigne de la connaissance qu'a le législateur du danger qui peut résulter, pour la réputation et la dignité de personnes, de la publication des conclusions du vérificateur général, et du souci corrélatif de préserver l'intégrité de ses fonctions en le mettant à l'abri de poursuites civiles. Comme le dit le professeur Lemieux :

---

98. [1997] 3 R.C.S. 440 à la p. 460.

99. *Ibid.* aux pp. 465-471. Dans cette affaire toutefois, la commission disposait du pouvoir, en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, de conclure à l'existence d'une faute. Nous pensons toutefois que l'absence de dispositions similaires dans la *L.C.V.* ne saurait être un obstacle de nature à empêcher le vérificateur de tirer ce genre de conclusions puisque ce pouvoir lui revient par déduction nécessaire.



*Il faut ici distinguer d'abord entre les simples enquêtes et les enquêtes publiques.* Les premières sont uniquement à usage interne. Elles visent seulement à recueillir des informations en vue de préparer un dossier administratif. Ces enquêtes n'ont pas par elles-mêmes d'effet normatif. Elles ne seront donc pas assujetties à l'exigence d'une procédure de type quasi judiciaire même si les enquêteurs devront agir équitablement envers les personnes qui sont touchées par de telles enquêtes.

*Il en va différemment des enquêtes publiques qui risquent d'être lourdes de répercussions pour la réputation et même la liberté des individus.* Aussi est-il maintenant reconnu que ces enquêtes sont assujetties à un minimum de garanties procédurales, spécialement lorsqu'une commission prend de véritables décisions dans le cadre de son enquête.<sup>100</sup> (nos italiques)

L'enquête menée par le vérificateur général d'une municipalité n'est pas une simple enquête interne. Il s'agit bel et bien d'une enquête publique avec toutes les conséquences qui s'y rattachent. De fait, le vérificateur général pourrait conclure que certains fonctionnaires ont, à la lumière des éléments de preuve recueillis, commis des fautes dans le cadre de leurs fonctions<sup>101</sup>. Le juge Gonthier, dans l'arrêt *RPAQ*, ajoute ceci à propos de la démarche à suivre en vertu de l'article 23 de la *Charte québécoise* :

Cette disposition énonce ainsi que toute personne a droit, «qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle», à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Il y a donc là indication que l'applicabilité de l'art. 23 dépend notamment de l'incidence éventuelle de la décision sur les droits et obligations du justiciable. Cela ne signifie toutefois pas que l'art. 23 doit être respecté à chaque fois qu'une décision risque de porter atteinte aux droits d'un citoyen. Pour que cette disposition entre en jeu, la procédure suivie par l'organisme en cause et la norme gouvernant la décision doivent également posséder certaines des

---

100. D. Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Farnham, Publications CCH ltée, 1998 aux pp. 464-465.

101. *Ibid.* aux pp. 461-465.

caractéristiques mises de l'avant par le juge Dickson dans l'affaire *Coopers & Lybrand*, précitée.<sup>102</sup>

Les conclusions contenues dans le rapport annuel du vérificateur général sont bel et bien de nature à porter atteinte de manière directe et substantielle aux droits et obligations des fonctionnaires sous enquête, au sens de l'article 23 de la Charte québécoise. Ajoutons qu'il n'est pas possible d'en appeler auprès d'un tribunal ou d'une instance supérieure des conclusions du vérificateur général ou de les faire réviser, sauf dans le cas d'excès de juridiction<sup>103</sup>. Si les conclusions du vérificateur général ne constituent pas une décision ou une ordonnance de la nature de celle qui décide de l'issue d'un litige dans une instance judiciaire, l'opinion professionnelle du vérificateur général constitue néanmoins une «décision» quant à la légalité et la conformité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité. En effet, le vérificateur général, tel que l'énonce le deuxième alinéa de l'article 107.13 de la *L.c.v.*, doit soumettre un rapport à l'attention du conseil «[...] faisant état des constatations [...]». Après avoir colligé l'information pertinente et procédé à son analyse au moyen de normes légales et comptables, le vérificateur général doit «rendre une décision» sur les pratiques suivies par la municipalité et les transactions qu'elle a effectuées. Si le vérificateur général ne rend pas de décision à titre de président de tribunal, son jugement et ses conclusions de fait, eux, prendront la forme d'une décision. Quant à savoir si le vérificateur général doit appliquer des règles de fond à plusieurs cas individuels ou s'il se trouve plutôt, par exemple, à superviser l'application générale d'une politique, on remarque que le vérificateur général, après avoir récupéré les éléments de preuve utiles, les analyse et les interprète au regard de normes objectives : le vérificateur général utilise les lois et règlements habilitants, les règles et usages comptables reconnus et «les applique à des situations particulières», comme des pratiques comptables, des subventions l'octroi de bénéfices sociaux. Le vérificateur est amené à examiner toute une série d'opérations, pour ensuite se prononcer quant à leur régularité et leur légalité. Par conséquent, nous sommes d'avis que le vérificateur général constitue un tribunal au sens des articles 23 et 56 de la

---

102. 2737-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, supra note 91 à la p. 942.  
103. *Loi sur les cités et villes*, note 6, art. 107.16 (4).

*Charte québécoise* et qu'il est donc astreint au respect des règles de justice naturelle pour les motifs suivants :

- il n'applique pas, au sens large, de politique ou de programme, mais applique des règles de fond à des cas particuliers;
- les conclusions contenues dans son rapport sont de nature à porter atteinte aux droits à la dignité, à la protection, à un procès juste et équitable et à une défense pleine et entière de personnes sous enquêtes<sup>104</sup>;
- ses conclusions prennent la forme d'une décision relativement à la légalité et à la régularité de certaines opérations;
- il tire ces conclusions à partir de l'examen de plusieurs cas particuliers qu'il analyse au moyen des lois et règlements et des normes et usages comptables reconnus.

**b) L'application du principe**

L'obligation de respect du principe de justice naturelle est d'intensité variable. En effet, le degré de l'obligation à laquelle est soumis un organisme qui exerce des pouvoirs quasi judiciaires dépend d'un certain nombre de facteurs, comme par exemples, la nature de l'organisme, l'économie générale de la loi, le degré d'atteinte aux droits, la nature de la décision rendue et les caractéristiques de la procédure. Déjà en 1980, le juge Dickson disait ceci à propos du contenu des règles de justice naturelle :

À mon avis, il est erroné de considérer la justice naturelle et l'équité comme des normes distinctes et séparées et de chercher à définir le contenu procédural de chacune [...] Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas, comme l'a reconnu le lord juge Tucker dans *Russel v. Duke of Norfolk*, at p. 118.<sup>105</sup>

---

104. *Samson c. Commission de Police du Québec*, Québec, J.E. 97-42 200-09-000090-891 (C.A.); *Association des policiers provinciaux du Québec c. Poitras*, [1997] R.J.Q. 1860; *Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7; *St-Hilaire c. Bégin*, [1982] C.A. 25.

105. *Martineau c. Comité de discipline de l'institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602 aux pp. 630-631.

Dans une autre affaire, le juge Dickson déclarait cette fois ceci :

En tant qu'élément constitutif de l'autonomie dont il jouit, le tribunal doit respecter la justice naturelle qui, comme l'a dit le lord juge Harman (dans) *Ridge v. Baldwin*, à la p. 850, équivaut simplement [TRADUCTION] «à jouer franc jeu». Dans chaque cas, les exigences de la justice naturelle varient selon (TRADUCTION) «les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.»; le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*, à la p. 118.<sup>106</sup>

Le juge Estey, au nom de la Cour, s'exprimait de la façon suivante dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les Pratiques Restrictives du Commerce)* à propos de l'étendue des garanties prévues par le principe de l'équité procédurale :

L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat.<sup>107</sup>

Le juge Sopinka, dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* :

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux

---

106. *Kane c. The Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 R.C.S. 1105 à la p. 1113.

107. [1987] 1 R.C.S. 187 à la p. 231.

judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas des tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question.<sup>108</sup>

Un an plus tard, dans l'arrêt *Association des résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg*, le juge Sopinka énonce que:

Le contenu des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale était autrefois déterminé en fonction de la classification des tâches du tribunal administratif ou d'un autre organisme ou fonctionnaire publics. Ce n'est plus le cas et le contenu de ces règles dépend désormais de plusieurs facteurs, dont les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question, la nature de la tâche particulière qu'il a à remplir et le type de décision qu'il est appelé à rendre.<sup>109</sup>

La juge L'Heureux-Dubé, quant à elle, déclarait, dans l'arrêt *The Board of Education of the Indian Head School Division no 19 of Saskatchewan c. Knight*, que:

Tout comme les principes de justice naturelle, la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas [...] La méthode à adopter par un tribunal qui doit décider si l'on s'est acquitté de l'obligation d'agir équitablement confine donc à l'empirisme.<sup>110</sup>

À ce titre, il faut savoir que la démarche à suivre pour déterminer des garanties procédurales dont peut bénéficier une personne devant un organisme qui constitue un tribunal au sens de l'article 23 n'est pas différente de celle qui doit être suivie pour identifier le contenu de ces mêmes garanties qui s'offrent au justiciable lorsqu'il se présente devant un organisme qui ne tombe pas sous

---

108. [1989] 2 R.C.S. 879 aux pp. 895-896.

109. [1990] 3 R.C.S. 1170 à la p. 1191.

110. [1990] 1 R.C.S. 653 à la p. 683.

le coup de l'application des articles 23 et 56 de la *Charte québécoise*, comme par exemple un office fédéral. En ce sens, l'attitude de la Cour suprême n'a pas changé, et il n'est pas indiqué, nous dit-elle, de procéder selon une démarche déductive :

Je rappelle cependant, avant de ce faire, que même dans les cas où l'art. 23 n'entre pas en jeu, les organismes administratifs peuvent, en vertu du droit commun, être tenus de se conformer aux principes de justice naturelle. Il ne fait pas de doute que ces principes visent à assurer, de certaines façons, l'impartialité et l'indépendance du décideur [...] Le contenu précis des règles à suivre dépendra de l'ensemble des circonstances, et notamment des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit, de la nature de la tâche qu'il accomplit et du type de décision qu'il est appelé à rendre. *À l'inverse, ce n'est pas parce qu'un organisme est assujéti à l'art. 23 que sa structure doit présenter les mêmes caractéristiques que celles des cours de justice. La flexibilité dont notre cour a fait preuve en la matière conserve, en vertu de l'art. 23, toute sa pertinence.*<sup>111</sup>(nos italiques)

En l'espèce, la fonction essentielle du vérificateur général est celle d'enquêter et de formuler une opinion. L'intensité de l'obligation de respect des principes de justice naturelle doit forcément être modulée en fonction de la nature investigatrice de la mission du vérificateur général, et être adaptée à la nature des fonctions qu'il a à remplir. Comme le souligne le professeur Lemieux, «Les principes de la justice naturelle devront cependant s'adapter au caractère inquisitif des commissions d'enquête.»<sup>112</sup>

Nous sommes d'avis que le vérificateur général doit, en tant qu'organisme d'enquête dont l'opinion peut affecter les droits et obligations de personnes qui sont sous sa juridiction, assurer le respect des garanties procédurales suivantes.

---

111. 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, supra note 91 à la p. 949.

112. D. Lemieux, supra note 100 à la p. 465.

### **1- Le droit de faire des représentations et de fournir des explications - le droit à l'audition**

Dans le cadre de ses exercices d'enquête, le vérificateur général sera amené à interroger des individus de manière à recueillir des éléments d'information probants et pertinents aux objets de sa vérification. À ce titre, la règle *audi alteram partem* impose, selon nous, l'obligation pour le vérificateur général de permettre aux individus sous enquête de prendre l'initiative de la communication de cette information qui peut être pertinente aux fins de l'enquête et aux fins de l'élaboration des conclusions qui seront contenues dans le rapport du vérificateur général<sup>113</sup>. Comme l'a dit le juge Pigeon dans l'arrêt *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, il s'agit du droit pour la personne sous enquête de «faire valoir ses moyens»<sup>114</sup>. À ce titre, précisons qu'une personne dont les droits sont appelés à être examinés par un tribunal a droit à une audition, en vertu de l'article 23 de la *Charte québécoise*. Le fait d'exiger que les représentations se fassent par écrit ne sera pas considéré comme une contravention à la règle<sup>115</sup>.

### **2- Le droit de présenter une preuve**

Le bureau du vérificateur général doit accepter la présentation de tout élément de preuve, à l'initiative d'une personne sous enquête, qui serait pertinent aux fins des objets de la vérification et utile à l'élaboration des conclusions du rapport final du vérificateur général<sup>116</sup>.

### **3- Le droit de contre-interroger**

Dans la mesure où les droits d'une personne sont susceptibles d'être affectés par la publication du rapport du vérificateur général, nous sommes d'avis que ce dernier doit fournir l'occasion à la personne dont les droits

---

113. *Syndicat des employés du Centre Hospitalier Robert-Giffard c. Syndicat professionnel des infirmiers*, [1979] C.A. 323.

114. [1968] R.C.S. 122 à la p. 175.

115. *Hoffmann – Laroche Ltd c. Delmar Chemical Ltd*, [1965] R.C.S. 575.

116. *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Roberval Express c. Union des chauffeurs de camions*, [1982] 2 R.C.S. 888.

risquent d'être affectés de pouvoir contre-interroger une personne qui a déposé auprès du vérificateur général, et dont le témoignage sera utilisé par ce dernier aux fins de l'élaboration des conclusions qui seront contenues dans son rapport final<sup>117</sup>. Autrement, le vérificateur général doit fournir la possibilité à une personne, dont les droits risquent d'être affectés par la publication de son rapport, de répondre aux allégations formulées par une personne qui témoignerait devant lui, et dont le témoignage servirait à l'élaboration des conclusions contenues dans le rapport final.

#### **4- Le droit de présenter des témoins et de produire des documents**

Les commentaires formulés plus haut quant au droit d'une personne de présenter des éléments de preuve s'appliquent en l'espèce. Ce droit, un peu comme celui de contre-interroger, vise à permettre à une personne de répondre aux témoignages et aux informations contenus dans des documents qui pourraient lui être préjudiciables<sup>118</sup>.

#### **5- Le droit à l'assistance d'un avocat**

Ce droit est désormais consacré par l'article 34 de la *Charte québécoise*, droit qui bénéficie à la personne qui doit se présenter devant une instance quasi judiciaire.

#### **6- Le dépôt du rapport annuel**

Le vérificateur général d'une municipalité communique ses conclusions aux citoyens de la municipalité sous enquête au moyen de la publication de rapports. L'article 107.13 de la *L.c.v.* énonce que le vérificateur général doit, au plus tard le 31 août de chaque année, transmettre au conseil un rapport qui constate les résultats de sa vérification pour l'exercice financier se terminant le 31 décembre précédent, et y indiquer tout fait ou irrégularité qu'il estime opportun de souligner, concernant notamment le contrôle des revenus, en

---

117. *Ibid.*; *Innisfil c. Canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145.

118. *Ibid.*; *Re Mady and Discipline Commission of Royal College of Dental Surgeons* (1975), 5 O.R. (2d) 414.



rapport avec leur perception et leur utilisation, et le contrôle des dépenses, en rapport avec leur autorisation et leur conformité aux affectations de fonds. Le deuxième alinéa du même article précise que le vérificateur général peut également, et ce en tout temps, transmettre au conseil un rapport faisant état des constatations qui, à son avis, méritent d'être portées à l'attention du conseil. Enfin, le vérificateur doit, conformément à l'article 107.14 de la *L.c.v.* et ce au plus tard le 31 mars, faire rapport au conseil de sa vérification des états financiers de la municipalité pour la période se terminant le 31 décembre précédent, et de l'état établissant le taux global de taxation.

## **II. L'indépendance et l'impartialité du vérificateur général**

Le mandat confié au vérificateur général d'une municipalité a pour objet essentiel le contrôle de la légalité, de la régularité et de la conformité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité. À ce titre, le vérificateur général est amené, dans l'exercice de ses fonctions, à enquêter sur des pratiques, à examiner des transactions, à interroger des individus, à examiner des documents, à analyser des éléments de preuve qu'il aura ensuite à interpréter au moyen de normes comptables et légales, pour ultimement tirer des conclusions de fait quant à la légalité et à la régularité de la gestion comptable et financière de la municipalité. Autrement dit, le vérificateur général est amené à porter un jugement, à formuler une opinion quant au degré de soin, de diligence et de rigueur apporté par les fonctionnaires de la municipalité sous examen dans le cadre de la gestion de ses opérations courantes. De fait, le vérificateur général est appelé, à l'instar d'un coroner ou d'une commission d'enquête, à établir la vérité par rapport à une situation donnée, c'est-à-dire à témoigner du degré de fidélité comptable des états financiers et du degré de conformité des opérations financières et commerciales de la municipalité. À propos de la nature du mandat rempli par une commission d'enquête, le juge Cory dit que «(...) l'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits (...)»<sup>119</sup>, et qu'elles sont souvent formées pour «[...] découvrir la vérité [...]»<sup>120</sup>. Ces propos s'appliquent parfaitement, à notre avis, à la charge ainsi qu'au mandat confié au vérificateur

---

119. *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, *supra* note 44 à la p. 137.

120. *Ibid.*

général. Exerçant des fonctions investigatrices et procédant à un exercice à caractère inquisitoire, le succès des exercices d'enquêtes auxquels a à se livrer le bureau du vérificateur demeure toutefois tributaire, selon nous, de la nature des rapports qui, d'une part, unissent le vérificateur général et les principaux officiers de la municipalité et d'autre part, unissent le vérificateur général et son bureau au conseil municipal, autorité exécutive suprême au sein de la municipalité. Le degré de réussite des enquêtes de vérification qu'a à effectuer le vérificateur général dépend, et ce de façon quasi exclusive à notre avis, du degré d'indépendance dont il peut bénéficier par rapport aux diverses instances administratives municipales, et du degré d'impartialité qui peut caractériser la disposition d'esprit du vérificateur général. Autrement dit, le vérificateur général ne peut être en mesure de remplir pleinement et adéquatement le mandat qui lui est confié sans pouvoir disposer d'un degré suffisant d'indépendance au sein de la structure institutionnelle municipale, et sans pouvoir par ailleurs faire la preuve de dispositions morales dénuées de partialité. À ce titre, rappelons que le vérificateur général, lorsqu'il enquête et recueille des éléments de preuve utiles aux fins de la confection de son rapport annuel, constitue selon nous un tribunal au sens des articles 23 et 56 de la *Charte québécoise*. S'il est cohérent, d'un point de vue juridique, de permettre aux personnes qui ont à répondre de leurs gestes devant le vérificateur général de bénéficier d'un certain nombre de garanties procédurales, il apparaît alors non seulement cohérent mais surtout nécessaire d'assurer l'existence de mécanismes qui garantissent l'indépendance du vérificateur général, c'est-à-dire qui garantissent, d'une part, l'indépendance institutionnelle et l'indépendance individuelle du vérificateur général, et d'autre part l'impartialité structurelle de la charge de vérificateur général et l'impartialité individuelle de la personne du vérificateur général.

**A) La situation juridique occupée par le vérificateur général au sein de la structure institutionnelle municipale**

La nature et le type de rapports entretenus par le vérificateur général avec les principaux officiers de la municipalité et avec le conseil municipal et ses membres conditionnent le degré d'indépendance et d'impartialité dont il peut jouir. À ce titre, nous pensons qu'il est utile de situer la position occupée et le rôle joué, au sein même de la structure administrative et exécutive d'une municipalité, par certains de ses principaux officiers qui, «à l'interne», exercent des fonctions et posent des gestes qui, de la part d'une autorité extérieure et distincte de cette structure exécutive municipale, seront examinés et évalués au regard de leur régularité et de leur légalité. En effet, l'examen sommaire des fonctions exercées par certains officiers nous amène à conclure que ces derniers exercent, au sein et à titre de membres du pouvoir exécutif municipal, des tâches qui sont autrement dévolues au vérificateur général, c'est-à-dire celles du contrôle de la légalité, de la conformité et de la régularité des opérations comptables, commerciales et financières de la municipalité. Autrement dit, il n'a pu être de l'intention du Législateur que le vérificateur général soit appelé à exercer des fonctions aussi dévolues aux officiers municipaux et que, par ailleurs, la charge de vérificateur général puisse être considérée comme faisant partie de la structure exécutive d'une municipalité et inscrite au sein de la hiérarchie administrative interne de cette dernière. Après avoir situé la position occupée au sein de la hiérarchie administrative interne par les principaux officiers municipaux en matière de contrôle de la légalité et de la régularité de certaines opérations, nous entendons établir, par la suite, que la charge du vérificateur général se situe «à l'extérieur», d'un point de vue institutionnel, de la structure exécutive municipale, et qu'elle demeure complètement indépendante du conseil municipal.

**1) La situation occupée au sein de la structure institutionnelle municipale par les principaux officiers de la municipalité**

**a) Le maire**

Le maire est le chef de l'administration municipale. Il exerce un pouvoir de surveillance, d'investigation et de contrôle sur tous les départements et les fonctionnaires et employés de la municipalité, et voit à ce que les revenus de la

municipalité soient perçus, déposés, utilisés et dépensés suivant la loi<sup>121</sup>. Il veille également à ce que les dispositions de la loi, les règlements et les ordonnances du conseil soient fidèlement et impartialement mis à exécution<sup>122</sup>. Par ailleurs, au moins quatre semaines avant que le budget ne soit déposé devant le conseil pour adoption, le maire doit faire rapport sur la situation financière de la municipalité au cours d'une séance du conseil<sup>123</sup>. Ce rapport traite des derniers états financiers, du dernier rapport déposé par le vérificateur général et donne des indications préliminaires quant aux états financiers de l'exercice précédent celui pour lequel le prochain budget sera fait<sup>124</sup>. Le maire, à cette occasion, doit déposer une liste des contrats comportant une dépense de plus de \$25 000 que la municipalité a conclus depuis la dernière séance du conseil au cours de laquelle le maire a fait rapport de la situation financière<sup>125</sup>. Une liste de tous les contrats comportant une dépense de plus de \$2 000 conclus au cours de cette période avec un même contractant lorsque l'ensemble de ces contrats comporte une dépense totale qui dépasse \$25 000 doit être déposée. En fait, le maire se trouve à exercer un contrôle général à caractère interne, à partir du sommet de la hiérarchie administrative, de la régularité et de la cohérence des opérations financières, commerciales et comptables de la municipalité. Le maire dispose également du pouvoir d'instituer des enquêtes internes à caractère administratif relativement à ces mêmes opérations comptables<sup>126</sup>.

## **b) Le trésorier**

Le trésorier est un fonctionnaire de la municipalité qui a le rôle de percepteur et de dépositaire de tous les deniers de la municipalité<sup>127</sup>. Le trésorier a la responsabilité, au nom de la municipalité, du dépôt en banque des deniers provenant des taxes et des autres deniers appartenant à la municipalité<sup>128</sup>. Il doit tenir des livres de comptes qui indiquent les recettes et les dépenses de la

---

121. *Loi sur les cités et villes*, supra note 6, art. 52.

122. *Ibid.*

123. *Ibid.*, art. 474.1.

124. *Ibid.*

125. *Ibid.*

126. *Ibid.*

127. *Ibid.*, art. 97.

128. *Ibid.*, art. 99.

municipalité<sup>129</sup>. De plus, le trésorier a, conjointement avec le maire, la responsabilité de l'émission des chèques au nom de la municipalité<sup>130</sup>. À la fin de chaque exercice financier, le trésorier doit dresser le rapport financier pour l'exercice qui vient de se terminer et attester de sa véracité<sup>131</sup>. Ce rapport doit comprendre, notamment, les états financiers<sup>132</sup>. Une fois par trimestre, y compris lors de la dernière séance ordinaire avant la séance où le budget est adopté, le trésorier remet au conseil un état des revenus et dépenses de la municipalité depuis le début de l'exercice financier<sup>133</sup>. Essentiellement, la fonction exercée par le trésorier en est une de perception des deniers et de contrôle et de surveillance, à l'interne, de l'état des revenus d'une municipalité et de leur utilisation. Le trésorier surveille, au sein de la structure interne de la municipalité, la situation financière de la municipalité.

**c) Le greffier**

Le greffier est un fonctionnaire du conseil municipal qui est préposé à la garde de son bureau et de ses archives<sup>134</sup>. Il a la garde des livres, registres, plans, cartes, archives et autres documents appartenant à la municipalité, ou qui sont produits, déposés et conservés dans le bureau de la municipalité<sup>135</sup>. Le greffier doit assister aux séances du conseil et dresser le procès-verbal de tous ses actes et délibérations<sup>136</sup>. Le greffier assure, de manière générale, une fonction de contrôle et de gestion de l'information à l'intérieur de la municipalité.

**d) Le directeur général**

Le directeur général est le fonctionnaire principal de la municipalité. Il a autorité sur tous les autres fonctionnaires de la municipalité<sup>137</sup>. Le directeur général est responsable, sous l'autorité du Conseil ou du Comité exécutif, de

---

129. *Ibid.*, art. 100 (1).

130. *Ibid.*, art. 100.1.

131. *Ibid.*, art. 105.

132. *Ibid.*, al. (2).

133. *Ibid.*, art. 105.4.

134. *Ibid.*, art. 85.

135. *Ibid.*, art. 87.

136. *Ibid.*, art. 90.

137. *Ibid.*, art. 113.

l'administration de la municipalité et à cette fin, organise, dirige et contrôle les activités de la municipalité. Le directeur général assure les communications entre le conseil et les fonctionnaires et employés<sup>138</sup>. Il prépare le budget et le programme d'immobilisation de la municipalité<sup>139</sup>. Le directeur général fait rapport au conseil sur tout sujet qu'il croit devoir porter à sa connaissance en vue de la saine administration des deniers publics<sup>140</sup>. Enfin, le directeur général veille à ce que les fonds de la municipalité soient affectés aux fins pour lesquelles ils ont été votés<sup>141</sup>. Le directeur général a, en quelque sorte, un rôle équivalent, auprès d'une municipalité, à celui exercé par le greffier du Conseil Privé auprès de l'administration fédérale et à celui exercé par le secrétaire-général du Conseil exécutif auprès de l'administration québécoise. De fait, le directeur général supervise, sous l'autorité du conseil municipal, les opérations courantes de la municipalité.

## **2) Le vérificateur général comme officier de la municipalité et sa nécessaire indépendance par rapport au Conseil municipal**

Le vérificateur général d'une municipalité est nommé par résolution adoptée aux deux tiers des voix des membres du conseil<sup>142</sup>. L'article 107.1 de la *L.c.v.* énonce que le conseil de toute municipalité de 100 000 habitants et plus doit avoir un fonctionnaire appelé vérificateur général. Spontanément, on peut supposer que le vérificateur général, à l'instar du greffier par exemple, exerce ses fonctions à titre de préposé du conseil municipal. Le vérificateur général devrait alors être considéré comme un officier du conseil auquel il doit rendre des comptes en raison d'un lien de subordination qui unirait le vérificateur au conseil et qui serait établi en faveur de ce dernier. Nous ne partageons pas cette opinion. À notre avis, le vérificateur général remplit un mandat qui émane d'une charge publique, charge qui est similaire à plusieurs égards à celle exercée par un juge. La nature de la fonction exercée par le vérificateur général, qui consiste en un contrôle de la légalité, de la conformité et de la régularité des opérations commerciales, comptables et financières d'une municipalité, et la finalité

---

138. *Ibid.*, art. 114.1 (1).

139. *Ibid.*, art. 114.1 (2).

140. *Ibid.*, art. 114.1 (6).

141. *Ibid.*, art. 114.1 (8).

142. *Ibid.*, art. 107.2.

recherchée par le mandat du vérificateur, qui est de fournir aux citoyens une opinion impartiale, informée et critique quant à la gestion comptable de leur municipalité, imposent, selon nous, la séparation institutionnelle entre le bureau du vérificateur général et le conseil municipal et commandent le respect de garanties d'indépendance en faveur du vérificateur général. Bien qu'il soit nommé par les membres du conseil et qu'il soit rémunéré à même les deniers de la municipalité, le vérificateur général ne peut en aucune circonstance, à notre avis, être considéré comme un employé ou un préposé du conseil. Il n'existe pas, entre le vérificateur général et le conseil, et en faveur de celui-ci, un rapport ou un lien de subordination juridique généralement rencontré entre un commettant et son préposé au sens de l'article 2085 du *Code civil du Québec*<sup>143</sup> (ci-après *C.c.Q.*). Si l'on considère généralement qu'un secrétaire-trésorier et un évaluateur municipal ne sont pas sous les ordres du conseil<sup>144</sup>, et qu'on les désigne comme des «officiers municipaux»<sup>145</sup> qui occupent une «charge municipale»<sup>146</sup>, on doit considérer à plus forte raison que la fonction exercée par le vérificateur général émane d'une charge municipale. Le vérificateur général ne peut être considéré comme un salarié au sens du *C.c.Q.* dont les droits, les obligations et les responsabilités sont définis dans un contrat d'engagement, ou encore comme un cadre supérieur dont les paramètres du poste ne sont pas soumis au *Code du travail*<sup>147</sup>. Le vérificateur général occupe une charge municipale *sui generis* qui le place dans une situation distincte de celle dans laquelle se trouve un cadre municipal, un officier municipal, un membre du conseil ou encore un simple employé. Le pouvoir de nommer le vérificateur général qui revient au conseil municipal ne saurait créer en sa faveur un lien de subordination à l'endroit du vérificateur parce que la nature même des fonctions qu'il exerce ainsi que la finalité du mandat qui lui est confié exigent qu'il soit indépendant du pouvoir exécutif au sein de la municipalité. Le vérificateur général ne peut recevoir de directives et d'ordres de la part du conseil quant à la façon de remplir son mandat. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, définit l'indépendance d'adjudication comme la liberté entière et

---

143. L.Q. 1991, c. 64.

144. *Grondin c. Lafrance*, [1926] 40 B.R. 541; *Nepveu c. Limoges*, [1993] R.R.A. 497 (C.S.).

145. *Ville de Rouyn c. Majeau*, [1936] 60 B.R. 530.

146. *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614.

147. L.R.Q. c. C-27.

complète de déterminer de l'issue d'un litige selon sa souveraine conscience et ses opinions :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l'extérieur - que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge - ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision.<sup>148</sup>

Le professeur Le Dain, devenu ensuite juge à la Cour suprême, dit ceci à propos de l'imputabilité des commissions d'enquête:

To whom then is a commission of inquiry accountable? it must develop some sense of its ultimate responsibility. The order in council appointing it requires it to report to the government or to a designated minister. *Ultimately, I believe, it is accountable to the public.* This is particularly true where it has been appointed because of a matter of public concern. *Its function is to inform the public, to classify the issues, and to promote understanding of a problem. It really speaks to the public through its report to the government.*<sup>149</sup> (nos italiques)

Le juge Cory, dans *Phillips*, dit ceci à propos du statut institutionnel des commissions d'enquête :

Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci., elles sont souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les Législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme.<sup>150</sup>

---

148. [1986] 2 R.C.S. 56 à la p. 69.

149. «The role of Public Inquiry in our Constitutional system» dans J. S. Ziegel, *Law and social change*, Toronto, Osgoode Hall Law School, 1973 à la p. 82.

150. *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, *supra* note 44 aux pp. 138-139.



À notre avis, le vérificateur général ne peut se voir imposer l'obligation de rendre des comptes auprès du conseil en raison de la nature des fonctions qu'il exerce et de la finalité du mandat qu'il a à accomplir, fonctions et mandat qui doivent le soustraire au pouvoir de surveillance et de contrôle du conseil qui est appelé à être l'objet d'enquêtes de la part du vérificateur général. Le vérificateur général ne peut pas, à notre avis, exercer pleinement et convenablement ses fonctions s'il peut être appelé, d'une façon ou d'une autre, à répondre de ses gestes auprès du conseil. En effet, le vérificateur général occupe une charge publique et ne doit être imputable de ses agissements qu'auprès des citoyens, au bénéfice de qui sa charge a été élaborée. À ce titre, il faut ici préciser que l'indépendance du vérificateur général n'est pas une fin en soi. D'une part, l'indépendance du vérificateur général constitue un mécanisme ou une garantie qui permet d'assurer l'efficacité et l'effectivité de la fonction de vérification. Bien que cette indépendance puisse s'incarner à travers certains privilèges accordés au vérificateur général et à son bureau, il n'en demeure pas moins qu'ultimement elle agit à titre de garantie établie en faveur des citoyens de la municipalité. En effet, les caractéristiques fondamentales de la charge occupée par le vérificateur général sont certes établies au bénéfice premier du vérificateur général, mais elles tirent seulement leur raison d'être de la conviction qu'auront les citoyens qu'ils pourront obtenir une opinion impartiale, critique et experte au sujet de la légalité, de la régularité et de la conformité des opérations financières, comptables et commerciales d'une municipalité.

## **B) L'indépendance individuelle et institutionnelle du vérificateur général**

L'indépendance du vérificateur général n'est pas une fin en soi mais la garantie que ce dernier sera en mesure de remplir de manière effective et efficace le mandat qui lui est confié en vertu de la *L.c.v.* En effet, le bureau du vérificateur général doit échapper, autant que possible, à tout type de rapport de subordination qui serait établi en faveur de l'administration municipale sous enquête, et à tout type d'ingérence de la part du pouvoir exécutif municipal sous examen. La fonction de vérificateur général est de droit nouveau. D'une certaine manière, le degré de latitude et d'autonomie décisionnelle dont bénéficiera le vérificateur général dans le cadre de ses fonctions dépendra en partie de la conception du rôle institutionnel occupé par le vérificateur général que se feront,

de manière personnelle, les vérificateurs nouvellement entrés en fonction. Autrement dit, le degré d'indépendance effectif dont jouira en pratique un vérificateur général pourrait, en partie, être tributaire de l'opinion personnelle que se ferait la personne du vérificateur général par rapport à la nature et l'étendue de la place qu'il doit occuper par rapport au pouvoir exécutif municipal. Comme l'a formulé le juge Le Dain, alors professeur, à propos des commissaires-enquêteurs :

Because of its independent status it is neither necessary nor appropriate that a commission of inquiry be subject to political influence or pressure. I may truthfully say that none has ever been exerted in our case. Of course, at the end of the day, its independence is what the commission makes of it. The true extent of its independence in practice will depend very much on the personalities of its members.<sup>151</sup>

Toutefois, nous sommes d'avis que la nature des fonctions exercées par le vérificateur général et la finalité du mandat qu'il poursuit commandent l'existence de garanties objectives qui permettent d'assurer son indépendance et son impartialité. Ces exigences d'indépendance et d'impartialité découlent de la jurisprudence<sup>152</sup> et de l'article 23 de la *Charte québécoise*. À ce stade-ci, il faut toutefois souligner la distinction conceptuelle qui départage les notions d'indépendance et d'impartialité. Le concept d'indépendance renvoie à l'existence de conditions objectives qui garantissent le statut du vérificateur général en tant qu'entité autonome, et garantissent l'intégrité des fonctions qui lui ont été attribués<sup>153</sup>. La notion d'impartialité, quant à elle, «[...] désigne un état d'esprit ou une attitude vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée»<sup>154</sup>. L'impartialité vise, à proprement parler, l'état psychologique du titulaire d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire. L'indépendance d'une entité administrative, quant à elle, vise le statut objectif de l'entité et sa situation institutionnelle par rapport aux autorités législative et exécutive. Comme le dit le juge Le Dain, dans l'arrêt *R. c. Valente* (ci-après *Valente*) :

---

151. G. Le Dain, *supra* note 149 à la p. 82.

152. *Infra*, partie 1) et 2) de la présente étude.

153. *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673 à la p. 689.

154. *Ibid.*

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée[...] Le terme «indépendant», à l'al. 11 d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.<sup>155</sup>

Dans l'arrêt *Mackeigan c. Hickman*, la juge McLachlin fait remarquer que :

[...] l'indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l'impartialité du pouvoir judiciaire [...] Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n'est pas de savoir si l'acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l'impartialité d'un juge, mais plutôt de savoir s'il menace l'indépendance qui est la condition fondamentale de l'impartialité judiciaire dans un cas donné.<sup>156</sup>

Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, le juge Lamer déclare ceci à propos de la distinction qui doit être faite entre impartialité et indépendance :

L'appréciation de l'impartialité d'un tribunal suppose l'examen de l'«état d'esprit» du décideur. Il faut examiner les circonstances de chaque affaire pour déterminer s'il y a une crainte raisonnable que le décideur, peut-être parce qu'il a un intérêt personnel dans l'affaire, ait subjectivement un préjugé en l'occurrence. La question de l'indépendance, par contre, va au-delà de l'attitude subjective du décideur. L'indépendance du tribunal est une question de statut. Son statut doit garantir qu'il échappe non seulement à l'ingérence des organes exécutif et législatif, mais encore à l'influence de toute force

---

155. *Ibid.* à la p. 685.

156. [1989] 2 R.C.S. 796 à la p. 826.

extérieure, tels les intérêts d'entreprises ou de sociétés ou d'autres groupes de pression.<sup>157</sup>

Par conséquent, il importe que le vérificateur général d'une municipalité puisse jouir d'un degré d'indépendance suffisant pour remplir adéquatement son mandat, et qu'il soit exempt de dispositions morales permettant de présumer un état d'esprit empreint de partialité. Nous allons d'abord examiner les conditions objectives d'indépendance, individuelle et institutionnelle, du vérificateur général, pour ensuite analyser les situations matérielles qui pourraient susciter, dans l'esprit d'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, une crainte raisonnable de partialité sur le plan individuel et sur le plan structurel.

### **1) Les garanties objectives d'indépendance**

Les garanties objectives d'indépendance judiciaire identifiées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente* sont au nombre de trois. Il s'agit de l'inamovibilité, de la sécurité financière et de l'autonomie institutionnelle et administrative. Précisons d'emblée que ces trois éléments sont généralement reconnus et attribués à un tribunal judiciaire, c'est-à-dire aux tribunaux de droit commun, les cours supérieures héritières du *King's Bench*, et les tribunaux à compétence d'attributions, telles la Cour fédérale ainsi que les tribunaux judiciaires qui relèvent de la compétence législative des provinces ou autrement constitués en vertu de lois fédérales. À ce titre, ces mêmes garanties objectives d'indépendance ne seront pas systématiquement exigées dans toute leur intégrité et dans toute leur intensité de la part d'organismes qui exercent des fonctions quasi judiciaires mais qui ne sont pas des tribunaux judiciaires. Le juge Lamer dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, énonce ceci :

De plus, les principes en matière d'indépendance judiciaire énoncés dans l'arrêt *Valente* s'appliquent dans le cas d'un tribunal administratif lorsque celui-ci agit à titre d'organisme juridictionnel qui tranche les différends et détermine les droits des parties. Je reconnais toutefois que

---

157. [1992] 1 R.C.S. 259 à la p. 283.

l'application stricte de ces principes ne se justifie pas toujours. Dans l'arrêt *Valente*, précité, le juge Le Dain a écrit, aux pp. 692 et 693 :

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11 d) de la Charte, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux [...] Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11 d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité.<sup>158</sup>

Autrement dit, poursuit le juge Lamer, il faut moduler le critère relatif à l'indépendance institutionnelle en tenant compte de la nature des fonctions que doit remplir le tribunal sous examen, à savoir que le niveau d'indépendance institutionnelle qui pourrait être exigé d'une instance administrative donnée sera fonction, notamment, de la nature même du tribunal et des fonctions qu'il exerce, des intérêts en jeu ainsi que de la présence d'indices qui témoignent de l'existence d'un certain degré d'indépendance<sup>159</sup>. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer le degré d'indépendance dont doit jouir le vérificateur général d'une municipalité, de manière à respecter la finalité de la mission qu'il doit accomplir et les exigences d'indépendance posées par l'article 23 de la *Charte québécoise*. Le juge Gonthier, dans l'arrêt *RPAQ*, déclarait à ce titre que :

les principes développés par notre Cour en matière d'indépendance judiciaire doivent trouver application en vertu de l'article 23 de la Charte. Là n'est pas à dire, bien entendu, que les tribunaux administratifs auxquels cette disposition s'applique doivent se conformer en tout point aux cours de justice. Comme en matière d'impartialité, une certaine dose de flexibilité est de mise à l'endroit des organismes administratifs. Les motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *Valente* laissent d'ailleurs place à la souplesse, d'une façon qui tienne compte de la nature du tribunal et de l'ensemble des circonstances.<sup>160</sup>

---

158. [1995] 1 R.C.S. 3 aux pp. 49-50.

159. *Ibid.* à la p. 51.

160. 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, *supra* note 91 aux pp. 961-962.

À notre avis, il importe avant tout de préserver l'autonomie décisionnelle et l'intégrité des fonctions du vérificateur général. À ce titre, nous sommes également d'avis que les trois conditions objectives d'indépendance identifiées dans le cadre de l'arrêt *Valente* doivent bénéficier au vérificateur général en tenant compte, bien évidemment, de la nature des pouvoirs qu'il exerce et de la finalité particulière recherchée par le mandat qu'il doit remplir. En effet, le vérificateur général a, à titre de tribunal indépendant qui n'est pas préjugé au terme de l'article 23, l'obligation d'enquêter relativement à la légalité et à la régularité de certaines opérations et/ou transactions d'une municipalité. Le succès, voire l'insuccès, de ces exercices d'enquêtes effectués par le vérificateur général ne doit pas être tributaire, selon nous, de la précarité institutionnelle qui pourrait affecter la charge du vérificateur général. Autrement dit, l'efficacité du travail accompli par le vérificateur général ne doit pas dépendre de préoccupations ou considérations relatives à sa destitution, sa sécurité financière ou au risque d'ingérence de la part du pouvoir exécutif de la municipalité dans le fonctionnement et la gestion interne du bureau du vérificateur général.

#### **a) L'inamovibilité**

L'article 107.1 de la *L.c.v.* qualifie le vérificateur général de fonctionnaire. L'article 107.2 énonce que le vérificateur général est nommé pour un mandat de 7 ans, qui ne peut être renouvelé. Par ailleurs, l'article 71 indique la procédure à suivre en cas de destitution d'un fonctionnaire ou d'un employé. Il prescrit qu'un vote à la majorité absolue des voix des membres du conseil municipal est requis pour que ce dernier puisse destituer ou suspendre sans traitement un fonctionnaire qui n'est pas un salarié au sens du *Code du travail*<sup>161</sup>. Le deuxième alinéa de l'article 71 précise qu'un vote à la majorité des deux tiers des voix des membres du conseil municipal est requis lorsque celui-ci envisage la destitution ou la suspension sans traitement du vérificateur général. Cet article ne prévoit pas de norme objective au regard de laquelle la conduite du vérificateur général pourrait être examinée, et qui autoriserait ensuite le conseil municipal, en présumant que cette norme soit vérifiée par des preuves d'inconduite professionnelle, à adopter une résolution de destitution. Il n'énonce pas ou ne prescrit pas le principe de la destitution *pour cause ou motif*.

---

161. *Supra* note 147.

De plus, l'article 71 donne au conseil municipal le pouvoir d'initier le processus de destitution et, ultimement, le pouvoir de se prononcer et de décider de la destitution du vérificateur général. Or, nous avons préalablement souligné le fait que le vérificateur général n'est pas au service du conseil, qu'aucun lien de subordination professionnelle ou administrative n'unit le vérificateur général au conseil municipal et que le vérificateur général n'est imputable de sa conduite qu'auprès des citoyens au bénéfice de qui la charge de vérificateur général a été élaborée et non au bénéfice du conseil dont les agissements doivent justement être examinés par le vérificateur général. Les articles 72, 72.1 et 72.2 de la *L.c.v.* permettent ensuite à tout fonctionnaire qui fait l'objet d'une destitution de soumettre une plainte par écrit au Commissaire général du travail dans les 30 jours qui suivent la signification de la décision du conseil, qui nommera alors un commissaire du travail pour examiner la plainte. Cependant, la destitution intervient au moment où la résolution est adoptée par le conseil municipal. Le juge Le Dain, dans l'arrêt Valente, déclare que le principe de l'inamovibilité commande :

[...] que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11 d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.<sup>162</sup>

La *Loi sur le vérificateur général* du Québec, par le biais de son article 13, énonce que :

L'Assemblée nationale peut, après avoir pris avis de la Commission de l'Assemblée nationale, destituer le vérificateur général sur motion présentée par le Premier ministre et adoptée par au moins les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale.<sup>163</sup>

---

162. *R. c. Valente*, *supra* note 153 à la p. 698.

163. *Supra* note 11.

La *Loi sur le vérificateur général*, version fédérale, énonce, au paragraphe (1) de l'article 3, que le vérificateur général du Canada est nommé :

[...] à titre inamovible pour un mandat de 10 ans, sous réserve de révocation par la gouverneur en conseil sur adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.<sup>164</sup>

La procédure prévue par la loi québécoise sur le vérificateur général prévoit d'abord que la procédure de destitution doit s'enclencher après un examen de la part de la Commission de l'Assemblée nationale. Une fois cet examen terminé, le Premier ministre décide de déposer ou non, devant l'Assemblée nationale, un avis recommandant la destitution du vérificateur général. La Loi fédérale, quant à elle, consacre l'inamovibilité du vérificateur général, et stipule que sa destitution n'intervient que sur adresse commune des deux chambres du Parlement : il faut un vote positif de tous les membres de chacune des chambres en faveur de la destitution du vérificateur général pour que celle-ci soit effective, comme dans le cas des juges nommés en vertu de la *Loi sur les juges*<sup>165</sup>. Nous avons donc affaire, dans le cas des vérificateurs généraux québécois et fédéral, à une procédure et à un mécanisme beaucoup plus exigeants, qui consacrent, à leur façon, l'inamovibilité du vérificateur général. Nous sommes d'avis que la procédure de destitution prévue par l'article 71 ne respecte pas les exigences posées par l'article 23 de la *Charte québécoise* pour les raisons suivantes :

- Le Législateur, en prévoyant un mandat de sept ans non renouvelable, consacre implicitement le caractère d'inamovibilité de la charge de vérificateur général;
- l'article 71 ne prévoit pas de motif déterminé de révocation et n'énonce pas de norme objective qui permette d'évaluer la conduite du vérificateur général, laissant alors entier le pouvoir discrétionnaire du conseil municipal;
- l'article 71 donne le pouvoir au conseil de se prononcer sur la destitution du vérificateur général, alors que ce dernier aura, dans le cadre de

---

164. *Supra* note 12.

165. L.R.C. c. J-1.



l'exercice de ses fonctions, à enquêter sur les agissements du conseil, ce qui est de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'un observateur informé qui aurait à se demander si le vérificateur peut adéquatement, efficacement et en toute liberté, examiner les transactions autorisées et les pratiques adoptées par le conseil municipal.

Par conséquent, nous sommes d'avis que la procédure prescrite à l'article 71 de la *L.c.v.* ne peut pas s'appliquer au cas de la destitution éventuelle du vérificateur général.

**b) La sécurité financière**

La *L.c.v.* ne précise pas la nature du traitement salarial qui est réservé au vérificateur général. Elle ne précise pas non plus la nature des conditions d'engagement du vérificateur général. La *Loi sur le vérificateur général*, version québécoise, énonce à son article 14 qu'il :

[...] reçoit un traitement égal au maximum du niveau supérieur de salaire des sous-ministres autres que le secrétaire général du Conseil exécutif, et à la moyenne de toute autre rémunération des sous-ministres.

[CONDITIONS DE TRAVAIL]

Il bénéficie en outre des indemnités auxquelles ces derniers ont droit et des autres conditions de travail qui leur sont accordées.

Le premier alinéa de l'article 16 de la même loi énonce que :

Malgré toute autre loi générale ou spéciale, le vérificateur général peut opter pour la participation à un régime de retraite dont il aura convenu des termes préalablement à sa nomination avec le représentant autorisé du gouvernement.<sup>166</sup>

---

166. *Supra* note 11, art. 14 et 16.

La *Loi sur le vérificateur général*, version fédérale, énonce, quant à elle, au paragraphe (1) de l'article 4 que :

Le vérificateur général reçoit un traitement égal à celui d'un juge puîné de la Cour suprême du Canada.

Le paragraphe 2 du même article précise que :

Les dispositions de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, sauf celles relatives à la durée des fonctions, s'appliquent au vérificateur général; cependant le vérificateur général choisi hors de la fonction publique peut, par avis écrit adressé au président du Conseil du Trésor dans les soixante jours de sa nomination, opter pour la participation au régime de pension prévu par la *Loi sur la pension spéciale du service diplomatique*, auquel cas les dispositions de cette loi, autres que celles relatives à la durée des fonctions, lui sont applicables, à l'exclusion de la *Loi sur la pension dans la fonction publique*.<sup>167</sup>

À notre avis, la *L.c.v.* aurait dû prévoir un mécanisme de détermination de la rémunération et autres avantages reliés à la charge de vérificateur général qui tiendrait compte, notamment, du montant global des dépenses de fonctionnement du bureau du vérificateur général, et qui établirait le principe d'une rémunération minimale à être augmentée en fonction d'un barème qui tiendrait compte du nombre d'habitants de la municipalité. Nous sommes également d'avis que la garantie de sécurité financière doit bénéficier au vérificateur général, étant donné son statut de tribunal au sens de l'article 23 de la *Charte québécoise*. Cette garantie, identifiée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, consiste :

[...] en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire.<sup>168</sup>

---

167. *Supra* note 12, art 4 (1) et (2).

168. *R. c. Valente*, *supra* note 153 à la p. 704.

En l'espèce, la *L.c.v.* n'a pas déterminé l'étendue du traitement et des engagements réservés au vérificateur général. L'article 71 de la *L.c.v.*, examiné précédemment, permet au conseil municipal de réduire, par résolution, le traitement d'un fonctionnaire ou employé qui n'est pas salarié au sens du *Code du travail*<sup>169</sup>. Les articles 72, 72.1 et 72.3 de la même loi permettent au fonctionnaire visé par une réduction de traitement prise au terme de l'article 71 de déposer une plainte au Commissaire général du travail qui nomme alors un commissaire du travail pour enquêter sur la plainte. Cet article, à notre avis, ne respecte pas l'exigence de sécurité financière posée par l'article 23 de la *Charte québécoise* en raison du fait :

- qu'il permet au conseil municipal de déterminer à loisir et de façon arbitraire d'une réduction de traitement du vérificateur général, c'est-à-dire sans la nécessité de motiver ou de justifier la modification au traitement sur la base de motifs et critères expressément énumérés dans la loi
- qu'il institue le conseil municipal comme autorité compétente pour déterminer d'une modification de traitement, alors que les agissements du conseil municipal, comme nous l'avons vu auparavant, sont sujets à examen de la part du vérificateur général. En effet, il est raisonnable, pensons-nous, de craindre que le vérificateur général puisse se laisser indûment influencer par le souci de maintenir ou de voir augmenter sa rémunération, et qu'il module alors son comportement en conséquence, par exemple en décidant de ne pas enquêter sur la légalité de certaines transactions<sup>170</sup>.

Par conséquent, il ne peut, à notre avis, s'appliquer à une réduction de traitement du vérificateur général.

---

169. *Supra* note 147.

170. *Québec (Procureure Générale) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058 (C.A.) aux pp. 2096-2098.

### c) **L'autonomie institutionnelle et administrative**

Il s'agit ici d'une garantie qui permet de préserver l'indépendance décisionnelle du vérificateur général en lui assurant l'autonomie de sa charge relativement à la gestion interne du bureau sur les questions reliées à l'administration des enquêtes et du personnel, et sur la façon de procéder aux enquêtes. Le respect de cette garantie est, à notre avis, essentiel au succès des exercices de vérification effectués par le vérificateur général. Le juge Le Dain, dans l'arrêt *Valente*, en parle de la façon suivante :

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11 d) est, à mon avis, l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Le degré de contrôle que le pouvoir judiciaire devrait idéalement exercer sur l'administration des tribunaux est un point majeur de l'indépendance judiciaire aujourd'hui [...] Le contrôle judiciaire sur les questions mentionnées par le juge en chef Howland, savoir l'assignation des juges aux causes, les séances de la Cour, le rôle de la Cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de ces salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions, a généralement été considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l'indépendance institutionnelle ou «collective».<sup>171</sup>

À ce titre, la *Loi sur le vérificateur général*<sup>172</sup>, version québécoise, énonce que le vérificateur général du Québec peut nommer des vérificateurs généraux adjoints pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions et déterminer leurs devoirs et pouvoirs<sup>173</sup>, exerce à l'égard de son personnel les pouvoirs que la loi confère à un sous-ministre par rapport à un ministère<sup>174</sup>, établit sans autre formalité ses politiques de gestion des ressources humaines en matière de planification, d'organisation et de développement<sup>175</sup>, établit, sous réserve des crédits accordés par le Parlement, les effectifs maxima dont il a besoin pour

---

171. *R. c. Valente*, *supra* note 153 aux pp. 708-709.

172. *Supra* note 11.

173. *Ibid.*, art. 16 (1).

174. *Ibid.*, art. 20.

175. *Ibid.*, art. 56.

l'exercice de ses fonctions et détermine leur répartition ainsi que le niveau de leur emploi<sup>176</sup>, et effectue au moment, à la fréquence et de la manière qu'il détermine les vérifications et enquêtes qu'il juge nécessaires<sup>177</sup>. L'article 47 ajoute que le vérificateur général peut exiger qu'on fournisse à ses employés les locaux et l'équipement que ces derniers estiment nécessaires lorsqu'ils sont détachés auprès d'une ministère ou d'un autre organisme public. La *Loi sur le vérificateur général*<sup>178</sup>, version fédérale, quant à elle, en plus de permettre au vérificateur de procéder aux enquêtes et examens qu'il estime nécessaires de la manière et à la fréquence qu'il juge appropriées<sup>179</sup>, permet au vérificateur fédéral d'exiger la fourniture de locaux et d'équipements nécessaires à sa vérification<sup>180</sup>, et l'autorise à assumer les responsabilités et à exercer, en ce qui a trait aux employés de son bureau, les pouvoirs et fonctions conférés au Conseil du Trésor par la *Loi sur la gestion des finances publiques* en matière de direction du personnel et notamment la fixation des conditions d'emploi et les relations entre employeur et employés au sens de l'alinéa 7(1)e) et des articles 11 à 13 de cette loi<sup>181</sup>. Enfin, elle autorise le vérificateur général fédéral à soumettre son personnel à des normes de classification qui auront été établies conformément à ces recommandations<sup>182</sup>. À notre avis, le vérificateur général d'une municipalité ne peut pas être en mesure d'accomplir adéquatement son mandat lorsque le choix de la fréquence des examens, le choix de la manière d'y procéder, la gestion du personnel de son bureau et la détermination des effectifs de son bureau ne dépendent pas de façon souveraine et exclusive de sa volonté. Il s'agit là, à notre avis, du degré minimal de garanties d'indépendance institutionnelle et administrative dont le respect est exigé en vertu de l'article 23 de la *Charte québécoise*.

---

176. *Ibid.*, art. 57.

177. *Ibid.*, art. 46.

178. *Supra* note 12.

179. *Ibid.*, art. 5 et 9 a).

180. *Ibid.*, art. 13(3).

181. *Ibid.*, art. 16.

182. *Ibid.*, art. 17.

**d) La non-contrainabilité**

Il s'agit ici d'une mesure de protection qui est généralement reconnue aux présidents de tribunaux judiciaires<sup>183</sup>, mais également à des commissaires-enquêteurs, comme en fait foi l'article 16 de la *L.c.e.* Le premier alinéa de l'article 107.16 de la *L.c.v.* pose le principe de la non-contrainabilité du vérificateur général, de ses employés ou d'un expert dont il a retenu les services. Ces derniers ne peuvent être contraints de déposer relativement à un renseignement obtenu dans l'exercice de leur fonction, ou de produire un document contenant un tel renseignement. Cette protection bénéficie au vérificateur général et à l'un de ses mandataires dans le cadre d'une instance judiciaire ou à caractère quasi judiciaire ou administrative. Cette disposition est complétée par l'article 41 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*<sup>184</sup>, qui protège les renseignements obtenus par le vérificateur dans le cadre de ses fonctions ou qui seraient de nature à entraver sa liberté d'action. Il énonce ce qui suit :

Le vérificateur général ou une personne exerçant une fonction de vérification dans un organisme public ou pour le compte de cet organisme peut refuser de confirmer l'existence ou de donner communication d'un renseignement dont la divulgation serait susceptible :

- 1) d'entraver le déroulement d'une opération de vérification;
- 2) de révéler un programme ou un plan d'activité de vérification;
- 3) de révéler une source confidentielle d'information relative à une vérification; ou
- 4) de porter sérieusement atteinte au pouvoir d'appréciation accordé au vérificateur général par les articles 38, 39, 40, 42, 43 et 45 de la Loi sur le vérificateur général (chapitre V-5.01).

**e) L'immunité en matière de poursuite civile**

Tout comme dans le cas de la garantie examinée au paragraphe d), il s'agit ici d'une garantie qui est surtout octroyée aux présidents de tribunaux

---

183. *Mackeigan c. Hickman*, *supra* note 156.

184. *Supra* note 39.

judiciaires<sup>185</sup>, et elle est alors absolue, mais qui est aussi reconnue à des commissaires-enquêteurs, tel que l'énonce l'article 16 de la *L.c.e.* Le deuxième alinéa de l'article 107.16 de la *L.c.v.* énonce que le vérificateur général et les employés qu'il dirige ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'une omission ou d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions. Le troisième alinéa du même article prévoit qu'aucune action civile ne peut être intentée en raison de la publication d'un rapport du vérificateur général établi en vertu de la *L.c.v.*, ou de la publication faite de bonne foi d'un extrait ou d'un résumé d'un tel rapport.

**f) La clause d'exclusion des recours**

Enfin, le quatrième alinéa de l'article 107.16 de la *L.c.v.* prévoit que, sauf sur une question de compétence, aucun recours en vertu de l'article 33 du *Code de procédure civile*<sup>186</sup>, ou recours extraordinaire au sens de ce code, ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre le vérificateur général, les employés qu'il dirige ou les experts dont il retient les services lorsqu'ils agissent en leur qualité officielle.

**2) L'impartialité du vérificateur général : l'absence de situations donnant lieu à la naissance d'une «crainte raisonnable de partialité»**

L'indépendance institutionnelle du vérificateur général d'une municipalité, qui garantit l'intégrité institutionnelle de sa charge par le biais de l'existence de garanties objectives, est une condition essentielle au succès de l'accomplissement du mandat qui lui a été confié aux termes de la *L.c.v.* Toutefois, si cette condition est essentielle, elle n'est pas suffisante. En effet, l'indépendance effective du vérificateur général dépend d'abord de la réunion de conditions objectives d'indépendance, et ensuite de la réunion de conditions qui permettent de garantir son impartialité. Ce n'est qu'une fois réunies les conditions objectives d'indépendance que l'on peut ensuite examiner la question de savoir si le vérificateur général est aussi impartial. Le raisonnement est le suivant : le vérificateur général qui n'est pas indépendant ne peut pas être

---

185. *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716.

186. *Supra* note 56.

impartial, le vérificateur général qui est impartial est forcément indépendant, alors que le vérificateur général qui est indépendant pourrait, par ailleurs, ne pas être impartial. Comme le dit le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Lippé* :

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un «moyen» pour atteindre cette «fin». Si les juges pouvaient être perçus comme «impartiaux» sans l'«indépendance» judiciaire, l'exigence d'«indépendance» serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire.

Cependant, les faits en l'espèce montrent clairement que, dans certaines situations, il peut arriver que l'indépendance judiciaire ne soit pas suffisante. L'indépendance judiciaire n'est qu'un élément de l'impartialité judiciaire :

[TRADUCTION] [L']absence d'indépendance pourrait être considérée comme un bon indice du manque d'impartialité. Cependant, le manque d'impartialité ne signifie pas nécessairement, à lui seul, qu'il y a absence d'indépendance. En effet, le manque d'impartialité peut être imputable à un certain nombre de facteurs, et l'absence d'indépendance n'est qu'un de ces facteurs. (Greene, *loc. cit.*, à la p. 194.)<sup>187</sup>

Ajoutons également que l'exigence d'impartialité comporte un double aspect, et qu'elle doit s'examiner à la fois sur le plan individuel, c'est-à-dire par rapport à la personne du décideur, et sur le plan institutionnel, c'est-à-dire par rapport au processus décisionnel effectif qui est en place au sein d'un organisme. À ce titre, le juge Lamer ajoute que :

Nonobstant l'indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant

---

187. [1991] 2 R.C.S. 114 à la p. 139.



et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel (*Valente*, précité, à la p. 687), il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire. Je ne saurais interpréter la *Charte canadienne* comme garantissant l'une sur le plan institutionnel, et l'autre simplement au cas par cas. Sur ce point je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge Tourigny et faire miens les propos du juge Proulx en Cour d'appel (à la p. 2220) :

Puisque le problème touche l'impartialité du Tribunal comme garantie constitutionnelle, je crois qu'il serait utile de considérer aussi l'impartialité de façon effective ou objective, comme l'avait fait le juge Le Dain en traitant de la notion d'indépendance judiciaire. Ceci permet d'insister tout autant sur l'impartialité reliée au statut du juge qu'à sa manière d'agir *in concreto*.<sup>188</sup>

Le test classique pour permettre de déterminer du degré d'impartialité qui peut être exigé d'un décideur dans une situation donnée a été proposé par le juge de Grandpré, alors dissident, dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office National de l'Énergie* :

Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»<sup>189</sup>

Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain énonce que la crainte de partialité :

[...] doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour

---

188. *Ibid.* à la p. 140.

189. [1978] 1 R.C.S. 369 à la p. 394, il a été consacré définitivement dans *R. c. Valente*, *supra* note 153 à la p. 684.

d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique.<sup>190</sup>

Dans l'arrêt *Assoc. des Résidents du Vieux St-boniface Inc. c. Winnipeg*, le juge Sopinka, établissant une distinction entre les cas où le décideur n'a pas compétence en raison d'un préjugé et celui où il n'a pas compétence parce qu'il a un intérêt personnel dans l'issue du litige, énonce que :

Dans de telles circonstances, le critère est celui qui s'applique à tous les fonctionnaires publics : une personne raisonnablement bien informée estimerait-elle que l'intérêt en question pourrait influencer sur l'exercice de la fonction publique du fonctionnaire? Si cette fonction consiste à entendre et à décider certaines questions, la crainte raisonnable de partialité constitue le critère applicable.<sup>191</sup>

Dans la présente sous-partie, nous entendons d'abord déterminer quel est le critère applicable dans le cadre de l'examen du degré d'impartialité institutionnelle auquel doit être astreint le vérificateur général municipal. Nous examinerons ensuite les situations qui sont de nature à générer une crainte raisonnable dans l'esprit d'un observateur bien renseigné qui étudierait la question en profondeur relativement à l'impartialité individuelle du vérificateur général.

#### **a) L'impartialité institutionnelle**

Pour déterminer du degré d'impartialité institutionnelle auquel sera astreint une entité administrative, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs. La Cour suprême énonce, dans l'arrêt *RPAQ* que «le contenu précis des règles à suivre dépendra de l'ensemble des circonstances, et notamment des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit, de la nature de la tâche qu'il accomplit et du type de décision qu'il est appelé à rendre»<sup>192</sup>. Plus les

---

190. *R. c. Valente*, *supra* note 153 à la p. 684; *R. c. Lippé*, *supra* note 187 à la p. 143.

191. *Supra* note 109 à la p. 1198; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869.

192. *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, *supra* note 91 à la p. 949.

fonctions exercées par l'organisme sont de nature juridictionnelle, plus il sera exigé de ses membres que leur conduite, leur prédisposition morale et leur comportement ne puissent susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à la décision qu'ils doivent rendre. À l'autre extrémité se trouvent des organismes dont les membres sont élus par les citoyens et dont les fonctions sont de nature consultative, administrative ou encore législative, comme par exemple les conseils municipaux. La récusation ou la révocation de l'un des membres composant ce type d'organisme ne pourra être obtenue que s'il est établi que l'affaire sous examen a été préjugée, que l'opinion du décideur est déjà arrêtée au point où il serait vain de présenter des arguments pour tenter de convaincre le décideur : il s'agit du critère de l'«esprit fermé», ou de l'«esprit ouvert», qui exige de la part du décideur qu'il conserve un degré d'ouverture d'esprit et de réceptivité par rapport aux questions qu'il doit examiner, en se gardant, par exemple, de faire des déclarations publiques qui peuvent donner à penser qu'il a déjà une opinion arrêtée sur la question à trancher et qu'il est par conséquent inutile de soumettre des arguments à son attention. Le juge Sopinka a défini de la façon suivante la norme dans l'arrêt *Winnipeg* :

La partie qui allègue la partialité entraînant l'incapacité doit établir que l'affaire a en fait été préjugée, de sorte qu'il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Les déclarations des conseillers municipaux, bien qu'elles puissent fort bien créer une apparence de partialité, ne satisfont que si la cour conclut qu'elles sont l'expression d'une opinion finale et irrévocable sur la question.<sup>193</sup>

Le juge Cory, dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, reprenant la démarche proposée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Winnipeg*, expose une échelle d'intensité du degré d'impartialité qui peut être exigé d'un organisme administratif, intensité qui est fonction de la nature des pouvoirs exercés par l'organisme:

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de

---

193. *Résidents du Vieux St-Boniface c. Winnipeg, supra* note 109 à la p. 1197.

justice. C'est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C'est le cas notamment de celles qui s'occupent de questions d'urbanisme et d'aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l'habileté des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l'affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire.<sup>194</sup>

Enfin, dans l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, le juge Cory, au nom de la majorité, énonce ce qui suit :

La détermination de l'existence de partialité dans un cas précis dépendra de la caractérisation de la fonction du décideur. Le processus décisionnel administratif comporte une grande diversité de fonctions. D'une part, le critère applicable à la fonction juridictionnelle est le suivant : un observateur relativement bien renseigné pourrait-il raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur? D'autre part, à l'autre extrémité, c'est-à-dire dans le cas de la fonction législative, le critère consiste à se demander si l'affaire a été préjugée par le décideur au point de rendre vain tout argument contraire. Voir l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 638. Le fondement de la distinction est que, dans une instance décisionnelle, la confiance des parties dans le résultat dépendra du respect d'une norme d'impartialité judiciaire de la part du décideur. Par contre, un organisme administratif créé pour trancher des questions de principe peut avoir besoin des connaissances spécialisées des membres qui sont représentatifs de parties intéressées.<sup>195</sup>

Il s'agit ici de déterminer si la nature des fonctions exercées par le vérificateur général et la finalité du mandat qu'il doit remplir exigent qu'il soit astreint au respect du critère de l'«esprit ouvert» ou à celui de la «crainte

---

194. [1992] 1 R.C.S. 623 à la p. 638.

195. [1992] 3 R.C.S. 631 aux pp. 660-661.

raisonnable de partialité». En l'espèce, le vérificateur général d'une municipalité exerce des pouvoirs de nature quasi judiciaire à caractère inquisitoire relativement au contrôle de la légalité et de la régularité des opérations comptables, commerciales et financières d'une municipalité. Le vérificateur général interroge des témoins et examine des documents. Il recueille des éléments de preuve, les interprète au moyen des normes légales et comptables, et tire ensuite des conclusions de fait qu'il communique aux citoyens et aux élus par le biais d'un rapport public. La publication des conclusions contenues dans ce rapport peut entraîner de graves conséquences pour la réputation, la dignité, le droit à une défense pleine et entière et le droit à un procès juste et équitable des personnes qui seraient visées par ces conclusions. Le vérificateur général exerce des pouvoirs analogues à ceux d'une commission d'enquête. La Cour fédérale – Section d'appel, dans l'affaire *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des forces armées canadiennes en Somalie)*, a eu à déterminer du degré d'impartialité qui peut être exigé de la part de commissaires-enquêteurs. La Cour dit ceci :

Il ne s'ensuit pas, cependant, que l'impartialité des commissaires doive toujours être appréciée par rapport au critère de l'«esprit fermé» plutôt que par rapport à celui de la «crainte de partialité». Ce qui est certain, c'est que quel que soit le critère applicable, dans l'évaluation de la conduite des commissaires, il faut tenir compte de la nature spéciale de leurs fonctions.»<sup>196</sup>

Plus loin, la Cour ajoute que :

Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire d'indiquer de façon précise en quoi consiste le critère d'impartialité applicable aux membres des commissions d'enquête. Selon sa nature, son mandat et sa fonction, la Commission d'enquête sur la Somalie doit, par rapport à l'échelle énoncée dans *Newfoundland Telephone*, se situer entre les extrémités législatives et juridictionnelles. Compte tenu des différences notables qui distinguent cette enquête d'une instance civile ou criminelle, l'extrémité juridictionnelle ne conviendrait pas en l'espèce. *Par ailleurs, vu les graves conséquences que le rapport d'une*

---

196. [1997] 2 C.F. 527 à la p. 540.

*commission peut entraîner pour les personnes qui ont reçu signification du préavis que prévoit l'article 13, la norme permissive de l'«esprit fermé» à l'extrémité législative ne conviendrait guère également. Nous sommes d'avis que les membres de la Commission d'enquête sur la Somalie doivent exercer leurs fonctions d'une façon qui, eu égard à la nature particulière de celles-ci, ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité.<sup>197</sup> (nos italiques)*

La Cour d'appel du Québec a eu à examiner une question similaire dans le cadre de l'affaire *Association de policiers provinciaux c. Poitras* (ci-après *Poitras*). Dans cette affaire, l'appelante attaquait la nomination de Me Louise Viau à titre de commissaire de la Commission d'enquête sur la Sûreté du Québec, présidée par Me Lawrence Poitras. Elle plaidait essentiellement que Me Viau, en raison du rôle qu'elle avait joué comme présidente du comité d'examen des plaintes de la Sûreté du Québec de 1991 à 1995 et à cause de sa participation au «Groupe de travail chargé d'examiner les pratiques en matière d'enquêtes criminelles au sein des corps de police du Québec» présidé par Me Jacques Bellemare, n'offrait pas les garanties d'impartialité. Examinant les pouvoirs de la commission, la Cour énonce :

[...] qu'une commission d'enquête provinciale n'est pas un tribunal civil ou criminel. Pourquoi? Parce qu'il ne décide pas des droits des parties en vertu d'une norme préétablie, c'est-à-dire la loi. Il fait rapport au gouvernement de ses conclusions de fait et de ses recommandations pour l'avenir. Les tribunaux ont généralement un rôle passif en ce sens qu'ils reçoivent la preuve légale offerte par les parties, dans le système contradictoire traditionnel. La Commission d'enquête, au contraire a un rôle actif dans la recherche de la vérité (article 6 de la loi).

Elle recueille d'elle-même, à l'aide de ses procureurs et de ses préposés, la preuve requise par l'objet de son mandat. Est-ce à dire que les droits des personnes visées par l'enquête ne pourront pas être affectés par l'enquête ou le rapport de la Commission? la réponse à cette question se doit d'être nuancée. *La Commission par ses audiences et son rapport peut porter atteinte aux droits des personnes*

---

197. *Ibid.* à la p. 541.

*non pas en décidant de leurs droits (ces personnes auront toujours le droit de se faire entendre devant l'instance appropriée advenant des poursuites civiles, disciplinaires ou criminelles) mais en ayant un impact important sur leur carrière et leur réputation. De plus, il faut ajouter que, selon l'article 6 de la loi, le gouvernement, sur réception du rapport de la Commission, adopte les mesures justifiées par la nature de la preuve et du rapport.*

*Encore là, l'examen de ce critère milite en faveur de l'application de la norme de la crainte raisonnable de partialité à compter de la nomination des commissaires et pour le volet recherche des faits. (nos italiques)*

Examinant ensuite le mandat confié à la Commission, la Cour conclut qu'il :

[...] comporte au moins trois volets que l'on peut résumer de la façon suivante. Deux volets portent sur la recherche de certains faits (*fact finding*), et un volet porte sur la formulation de politiques (*policy making*).<sup>198</sup>

Enfin, relativement aux types de décisions que la Commission est appelée à rendre, la Cour précise que la Commission ne rend pas, *per se*, de décisions, mais plutôt qu'elle doit préparer un rapport qui contiendra des recommandations quant aux mesures susceptibles d'améliorer ou de corriger les pratiques relatives aux enquêtes policières visées par le mandat<sup>199</sup>. Dans le cas du mandat confié au vérificateur général, on doit rappeler que ce dernier est appelé à examiner le comportement professionnel de fonctionnaires, à enquêter et à porter un jugement sur le sérieux, la rigueur, la diligence apportés par ces fonctionnaires dans le cadre de leur travail et à enquêter relativement à la légalité de certaines transactions effectuées par la municipalité. Les conclusions du vérificateur général qui seront contenues dans son rapport peuvent, en théorie, prendre la forme de recommandations relatives, par exemple, aux modifications qui doivent être apportées au système interne de comptabilisation des dépenses, mais vont surtout prendre la forme d'une opinion, d'un jugement

---

198. Montréal 500-09-004635-975 (C.A.), [1997] R.J.Q. 1860 (C.A.) aux pp. 25-27.

199. *Ibid.* aux pp. 27-28.

quant à la légalité, la régularité et la conformité des opérations comptables, commerciales et financières de la municipalité. Ces conclusions sont, contrairement à celles formulées par la Commission dans l'affaire *Poitras*, tirées à partir de l'examen d'éléments de preuve qui sont examinés et analysés au regard des textes de lois, règlements et autres normes légales habilitantes et des règles et usages comptables acceptés. En effet, le vérificateur général doit nécessairement procéder à l'interprétation des éléments de preuve recueillis à partir de ces instruments : ce sont les seuls dont il dispose pour pouvoir tirer ses conclusions. À ce titre, rappelons les conclusions tirées par le vérificateur doivent nécessairement prendre la forme d'une décision, non pas au sens d'une décision rendue par un tribunal judiciaire qui détermine les droits et obligations des parties au terme d'un litige, mais au sens d'un constat quant à la légalité et à la conformité de certaines opérations au regard de normes objectives. Le vérificateur, lorsqu'il se prononce sur la régularité ou la légalité d'un contrat ou d'un pratique comptable, rend une décision. Nous sommes d'avis que la norme de la « crainte raisonnable de partialité » doit s'appliquer non seulement au volet « enquête » du mandat du vérificateur général, mais également au volet « conclusion » pour les raisons suivantes :

- les conclusions tirées par le vérificateur général doivent nécessairement prendre la forme d'une décision quant à la légalité et à la régularité des opérations sous examen;
- les conclusions du vérificateur général sont tirées à partir de l'analyse et de l'examen des éléments de preuve recueillis au regard de lois, règlements et des règles et usages comptables reconnus;
- Les conclusions contenues dans le rapport du vérificateur général sont de nature à entraîner de graves conséquences pour la réputation et la dignité des personnes sous enquête.

C'est donc dire que les choix effectués par le vérificateur général, en matière d'élaboration des pratiques, stratégies, examens et procédures de vérification, de même qu'en matière d'analyse et d'interprétation des éléments de preuve recueillis, ne doivent pas être de nature à susciter dans l'esprit d'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, une crainte raisonnable de partialité. Une telle crainte pourrait par exemple être générée, par exemple, en raison du fait que les procédures d'examen adoptées par le



vérificateur général sont élaborées conjointement par le bureau du vérificateur général et le directeur général de la municipalité sous enquête, ce dernier cherchant, dans un souci d'efficacité, à rationaliser les opérations dans toutes les divisions de la municipalité, y compris le bureau du vérificateur général.

**b) L'impartialité individuelle**

L'exigence d'impartialité, dans sa dimension individuelle tout comme dans sa dimension structurelle ou institutionnelle, vise à garantir à tout justiciable qu'une décision qui est susceptible de porter atteinte à ses droits sera prise par une ou des personnes qui jouissent d'un degré minimal de neutralité par rapport au litige à examiner et aux individus qui y sont parties. Par conséquent, tout décideur public qui, en raison de ses intérêts, d'une attitude ou d'un comportement passé ou actuel, donne à penser à un observateur bien informé, qui examine la question en profondeur, qu'il ne peut satisfaire aux exigences minimales d'impartialité commandées par la nature de la fonction, doit se récuser ou être déclaré inhabile. Le principe s'applique également au titulaire de la charge de vérificateur général d'une municipalité. Des situations qui ont été reconnues par la jurisprudence comme pouvant susciter une crainte raisonnable de partialité, deux nous intéressent plus particulièrement : il s'agit des cas de conflits d'intérêts, qu'ils soient de nature pécuniaire, professionnelle, morale ou psychologique, et ensuite des comportements, déclarations et attitudes passés ou actuels de la personne du vérificateur général relativement aux objets de sa vérification.

## 1- L'intérêt pécuniaire ou financier

Le conflit d'intérêt de nature pécuniaire ou financier vise la situation où le vérificateur général peut être amené à préférer ou privilégier son intérêt pécuniaire au détriment de l'intérêt public qu'il est censé servir, c'est-à-dire les intérêts supérieurs découlant de la charge publique de vérification. À ce titre, le troisième paragraphe de l'article 107.3 de la *L.c.v.* énonce que ne peut agir comme vérificateur général une personne qui a, par elle-même ou son associé, un intérêt direct ou indirect dans un contrat avec la municipalité ou une personne morale visée au deuxième paragraphe de l'article 107.7 de la même loi. Peu importe les sommes en jeu, l'intérêt pécuniaire, pour devenir source d'inhabileté, doit être direct et personnel<sup>200</sup>, c'est-à-dire qu'il doit exister un rapport de causalité entre l'intérêt en question et la fonction exercée<sup>201</sup>. De plus, cet intérêt doit être né, actuel et particulier à la personne du vérificateur général ou d'une personne qui lui est associé<sup>202</sup>. L'intérêt peut prendre la forme, notamment, d'un contrat ou d'une subvention recherchée.

## 2- Le conflit d'intérêts de nature morale ou psychologique

Ici, la crainte raisonnable de partialité découle du fait que l'on soupçonne le vérificateur général de privilégier un intérêt de la nature d'un lien d'amitié, ou du sentiment d'inimitié, par rapport à une personne<sup>203</sup>. Cet intérêt peut aussi découler du lien familial. La personne du vérificateur général pourrait s'être liée d'amitié avec diverses personnes qui exercent des fonctions et occupent des postes de responsabilité au sein de la municipalité. Par exemple, le vérificateur général pourrait être une vieille connaissance du directeur général ou du maire, ou encore du directeur de la division des loisirs. Il pourrait aussi entretenir un profond sentiment d'inimitié à l'endroit du trésorier ou du directeur de la division des ressources humaines.

---

200. D. Lemieux, *supra*, note 100 à la p. 553; *Dimes c. Grand Junction Canal*, [1852] 10 E.R. 301.

201. *Energy Probe c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1984] 1 C.F. 227.

202. *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577.

203. *Rochette c. Corporation des ingénieurs*, [1972] C.A. 661; *R. v. Abingdon J.J., ex. p. Cousins*, [1964] 108 Sol. J. 840.

### **3- Le conflit d'intérêts de nature professionnelle**

Il s'agit ici de la situation où le vérificateur général a entretenu des relations de nature professionnelle avec la municipalité sous enquête, ou encore avec certains de ses dirigeants, officiers ou hauts fonctionnaires. Par exemple, le vérificateur général peut, avant d'être entré en fonction, avoir agi à titre de consultant en gestion auprès de la municipalité, ou à titre de procureur auprès de la municipalité. Il peut aussi avoir occupé le poste de trésorier durant de nombreuses années. Le vérificateur général peut également être le procureur ou le conseiller juridique d'une personne influente au sein du pouvoir exécutif de la municipalité, comme un membre du conseil municipal ou le greffier. La personne du vérificateur général, en raison de l'existence de liens à caractère professionnel qui l'ont uni ou qui l'unissent toujours à la municipalité ou à certains de ces officiers ou hauts fonctionnaires, peut être placé dans une situation où il lui serait extrêmement difficile de faire abstraction de sa connaissance personnelle des dossiers sous examen ou de ses rapports avec les officiers pour enquêter en toute liberté sur ces mêmes dossiers ou ces mêmes individus. Par exemple, une personne qui aurait été au service de la municipalité durant de nombreuses années, par exemple à titre de directeur général, aurait beaucoup de difficulté, à notre avis, à convaincre une personne bien renseignée qui examine la question en profondeur qu'elle sera en mesure, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, de faire abstraction des liens qu'elle a pu tisser avec les personnes qu'elle a côtoyées durant ses années de service auprès de la municipalité et des dispositions d'esprit favorables à la municipalité qu'elle a pu développer au cours des ans.

### **4- Les comportements et déclarations antérieures et actuelles**

Les comportements, déclarations publiques et attitudes de la personne du vérificateur général peuvent, en raison de leur nature et des circonstances dans lesquelles elles sont formulées ou ils sont adoptés, raisonnablement donner à penser à une personne bien informée qui examine la question en profondeur que la personne du vérificateur général ne peut pas accomplir son mandat en toute liberté d'esprit. Avant d'entrer en fonction, la personne du vérificateur général pourrait avoir, par exemple, déclaré que les élus municipaux sont, en général, des gestionnaires exemplaires et que les rumeurs de corruption qui sont véhiculées dans les médias sont calomnieuses. La personne du vérificateur

général pourrait aussi avoir été candidate dans une élection au poste de maire ou de membre du conseil municipal, ne pas avoir été élue et quelques mois plus tard nommée au poste de vérificateur général. Le vérificateur général pourrait aussi, une fois en fonction, déclarer qu'il est de notoriété publique que les responsables municipaux sont de mauvais gestionnaires et que beaucoup ont tendance à développer un penchant pour le népotisme.

## CONCLUSION

Le corollaire naturel de la politique de «renouvellement de la gouverne municipale» et de réorganisation territoriale et institutionnelle des municipalités locales et régionales poursuivie par le Gouvernement du Québec, depuis le mois de mars 2000, était celui de la poursuite de l'objectif de réaménagement des mécanismes de contrôle, d'imputabilité et de surveillance du pouvoir exécutif municipal. Le regroupement des territoires de municipalités locales et la fusion de leurs institutions respectives, a entraîné de la sorte l'apparition de «supermunicipalités» dotées de pouvoirs accrus en matière fiscale et sociale et appelées à gérer des budgets au volume habituellement associé à celui de ministères. Cela commandait naturellement la mise en place de nouvelles structures et de nouveaux mécanismes visant à contrôler l'exercice de ces pouvoirs et responsabilités nouvelles, et de mécanismes permettant d'assurer l'imputabilité des élus et hauts responsables municipaux.

Le gouvernement a pris acte de ces nouvelles exigences et a procédé à certains réaménagements législatifs, au nombre desquels l'on trouve la création de la charge de vérificateur général municipal. Les vérificateurs généraux québécois et fédéral ont pu, et ce à de nombreuses reprises, faire la preuve de leur pertinence et de leur légitimité à titre de contrôleurs indépendants et impartiaux de la régularité, de la légalité et de la conformité des opérations comptables, commerciales et financières des gouvernements québécois et fédéral. Cependant, l'existence d'une charge de vérificateur général, comme en font foi les expériences québécoise et fédérale, n'a de raison d'être qu'au prix du respect de certaines garanties. En effet, la finalité recherchée par le mandat du vérificateur général, qui est de fournir aux citoyens d'une municipalité une opinion informée, critique et impartiale portant sur la légalité et la régularité des opérations comptables et financières d'une municipalité, demeure tributaire, et

ce de manière quasi exclusive, du respect de garanties objectives d'indépendance individuelles et institutionnelles, et du respect d'un degré minimal d'impartialité sur le plan individuel et institutionnel. D'une part, l'absence de ces garanties objectives d'indépendance en faveur de la charge de vérificateur général rend vain l'exercice de contrôle et d'examen des comptes de la municipalité, en raison de la précarité inhérente au statut de la charge. D'autre part, le fait pour la personne du vérificateur général de ne pas être astreint au respect d'un degré minimal d'impartialité enlève toute légitimité et toute crédibilité à son action. À notre avis, les paramètres législatifs qui conditionnent l'existence de la charge de vérificateur général municipal sont inconstitutionnels en ce qu'ils ne respectent pas les exigences d'indépendance et d'impartialité dont le respect est imposé par l'article 23 de la *Charte québécoise*. Par conséquent, les objectifs corrélatifs poursuivis par le gouvernement en matière de réorganisation municipale, c'est-à-dire celui de «renforcer la démocratie municipale» et celui d'«assurer l'équité et la transparence (en matière comptable et financière)», ne pourront être atteints par l'existence de la charge de vérificateur général, que si cette dernière peut disposer des protections institutionnelles suffisantes qui permettent au vérificateur général de remplir son mandat en toute liberté et à l'abri de contraintes et de pressions extérieures.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

- Titre :** L'ARRÊT HÔPITAL DE L'ENFANT-JÉSUS C. CAMDEN-BOURGAULT ET LE CONTRAT HOSPITALIER OCCULTÉ : AVENTURISME OU ÉVOLUTION ?
- Auteur(s) :** Robert P. KOURI
- Revue :** *RDUS*, 2004-2005, volume 35, numéro 1
- Pages :** **307-326**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11937>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11937>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**L'ARRÊT HÔPITAL DE L'ENFANT-JÉSUS  
C. CAMDEN-BOURGULT  
ET LE CONTRAT HOSPITALIER OCCULTÉ :  
AVENTURISME OU ÉVOLUTION?**

par Robert P. KOURI\*

*L'auteur commente l'arrêt Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault de la Cour d'appel, notamment en ce qui concerne son refus de reconnaître l'existence du contrat hospitalier ainsi que la responsabilité de l'établissement pour la faute du médecin. On examine également l'affirmation selon laquelle il est impossible pour l'hôpital d'offrir des soins du ressort exclusif des médecins. Exprimant certaines réserves sur le cheminement de la Cour, le commentateur s'interroge sur l'opportunité d'amorcer un revirement jurisprudentiel dans ce domaine.*

---

*The writer comments the findings of the Court of Appeal in Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault, more particularly regarding its refusal to recognize the existence of a hospital contract and the liability of the establishment for the fault of a physician. The Court's affirmation that it is legally impossible for a hospital to provide medical services reserved exclusively to physicians is also examined. While expressing certain reservations as to the reasoning of the Court, the commentator questions whether it is opportune to undertake a reversal of precedent in this field.*

---

\*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur désire remercier ses collègues, Suzanne Philips-Nootens et Robert Tétrault, professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, qui ont lu et commenté ce texte. Toutefois, les opinions exprimées sont celles de l'auteur.



## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	309
(a) L'apparente antinomie entre le régime contractuel et l'absence de liberté de contracter de l'une des deux parties	311
(b) L'absence de lien de préposition entre le médecin et l'hôpital lors de l'exécution d'un acte médical	315
(c) L'impossibilité pour l'établissement d'offrir des soins médicaux car l'exercice de la médecine est du ressort exclusif de la profession médicale	322
<b>Conclusion</b>	325

## Introduction

En responsabilité civile médicale, le débat sur la nature de la responsabilité hospitalière ainsi que sur la [non] responsabilité de l'établissement pour la faute du médecin semble être relancé devant les tribunaux. La décision de la Cour d'appel dans *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault et Brochu*<sup>1</sup>, sans avoir l'effet d'un coup de foudre dans un ciel parfaitement bleu, car il y avait déjà quelques nuages à l'horizon, a malgré tout perturbé les assises traditionnelles de la responsabilité médico-hospitalière. S'agit-il d'une anomalie qui sera aussitôt désavouée par un autre banc de la Cour d'appel ou par la Cour suprême lorsque cette dernière aura l'opportunité de se prononcer sur un litige semblable, ou sommes-nous en présence d'un arrêt annonciateur d'un revirement jurisprudentiel?

Afin de situer cette décision dans l'ensemble de la responsabilité du médecin et de l'établissement, il est utile d'en résumer brièvement les faits. Le 3 mars 1987, à la suite d'une chute de son échelle, un dénommé Bourgault tombe sur ses pieds et est trouvé au sol, incapable de marcher et se tordant de douleur. Transporté d'urgence à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus vers 3h45 du matin, il est examiné par un interne et par le médecin responsable de l'urgence, le Dr Ducharme. Le Dr Brochu, qui prend la relève du Dr Ducharme à l'urgence vers 8h00, pose un diagnostic de claquage musculaire et donne congé au patient vers 15h30. Il informe Bourgault de ne pas marcher, de garder les pieds élevés et de mettre en alternance de la glace et de la chaleur pour au moins 48 heures. Il lui dit de revenir à l'hôpital dans six jours, ou plus tôt, si des changements surviennent, mais sans lui décrire de façon suffisante les signes d'aggravation à surveiller. Le lendemain, la douleur persiste et le surlendemain, 5 mars, le blessé et son épouse constatent un changement de couleur aux pieds. Le médecin de famille de Bourgault, appelé au chevet du blessé, ordonne que le patient soit conduit immédiatement à l'hôpital. À l'urgence, un chirurgien pose

---

1. [1996] R.R.A. 809 (C.S.) (résumé), en ligne AZ-96021463, en appel *sub nom. Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q. 832, [2001] R.R.A. 329 (résumé), en ligne AZ-50085016, REJB 2001-23496 (C.A.) [ci-après *Camden-Bourgault*] et *sub nom. Brochu c. Camden-Bourgault*, [2001] R.R.A. 295 (résumé), en ligne AZ-50085017, J.E. 2001-836. La demande d'autorisation d'appel de la décision *Brochu c. Camden-Bourgault* fut rejetée avec dépens le 29 novembre 2001, [2001] 3 R.C.S. v.

un diagnostic de syndrome compartimental aigu des deux jambes. Après une série d'opérations, il faut finalement amputer les deux pieds au niveau des chevilles. Une poursuite en responsabilité est intentée par Bourgault contre le Dr Brochu et l'Hôpital de l'Enfant-Jésus. Malheureusement, Bourgault décède, au cours de l'instance, d'une maladie n'ayant aucune relation avec les amputations et sa veuve continue la poursuite.

En première instance, la Cour estime que le Dr Brochu n'a pas commis de faute professionnelle lorsqu'il a posé son diagnostic de claquage musculaire car, en toute probabilité, un médecin compétent pratiquant en salle d'urgence serait parvenu à la même conclusion devant un dossier clinique de même nature. Par contre, à cause des antécédents médicaux du patient, qui avait déjà été traité à cet hôpital pour une cardiopathie ischémique et qui était diabétique, le médecin aurait dû demander une consultation auprès des spécialistes familiaux avec son état de santé ou, encore, il aurait dû assurer un meilleur suivi médical. Le patient n'a pas été suffisamment informé des signes précurseurs d'une aggravation de son état. On retient aussi la responsabilité de l'hôpital car, en vertu du contrat avec le patient, l'établissement avait l'obligation de fournir des services d'urgence adéquats. Il doit donc répondre de la faute du médecin dans l'exécution des actes médicaux accomplis à l'urgence.

En appel, la condamnation du Dr Brochu est confirmée tandis que celle de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus pour la faute du médecin dans l'exécution de sa prestation médicale à titre d'urgentologue est infirmée. Dans son analyse de la situation juridique concernant l'hôpital, le juge Rochon, avec le concours des juges Forget et Pidgeon, propose un revirement jurisprudentiel :

Le temps est venu pour les tribunaux de prendre acte de ces modifications tant sociales que législatives [du système de santé] et d'en tirer les conséquences juridiques appropriées. En l'absence de textes législatifs précis, je conclus qu'il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute de l'hôpital. Pour les mêmes motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas de lien de préposition entre l'hôpital et le médecin lors de l'exécution d'un acte médical. De son application résulterait un bien étrange contrat, conclu par une partie, l'hôpital, qui n'est pas libre d'y consentir. Il porterait sur une matière réservée

exclusivement, sous peine de nullité, à la profession médicale. Pour l'hôpital, ce contrat serait au surplus sans considération aucune.<sup>2</sup>

Au risque de trahir le raisonnement du juge Rochon par une schématisation excessive, la décision de ne pas retenir la responsabilité de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus pour la faute du Docteur Brochu se résume à ceci : dans le contexte québécois, parce qu'il n'y a pas de contrat entre l'hôpital et le patient, la responsabilité hospitalière est forcément d'ordre extracontractuel. Qui plus est, dans l'exercice de son art, un médecin, n'ayant aucun lien de préposition avec l'hôpital, ne saurait engager la responsabilité de ce dernier sur la base de l'article 1463 C.c.Q. (anciennement l'article 1054 alinéa 7 C.c.B.C.). Enfin, parce que la loi confie la prestation exclusive des actes médicaux à un médecin, l'hôpital ne peut s'engager à offrir ce service.

Il y a donc lieu d'examiner de plus près ces trois prémisses sur lesquelles repose la conclusion du juge.

**(a) L'apparente antinomie entre le régime contractuel et l'absence de liberté de contracter de l'une des deux parties**

Le juge Rochon fait état de la controverse doctrinale qui perdure depuis quarante ans en citant en note de bas de page les principaux écrits faisant allusion au débat<sup>3</sup>. Cependant, s'inspirant du raisonnement des auteurs Lajoie, Molinari et Baudouin<sup>4</sup>, il opte résolument pour la thèse dite du régime légal ou extracontractuel de responsabilité car, selon lui, le droit aux services de santé

---

2. *Camden-Bourgault, ibid.* au para. 43. Le juge Rochon siège alors comme juge *ad hoc*. Selon ce magistrat, *ibid.* au para. 42, «Jusqu'en 1987, les tribunaux ont examiné la relation triangulaire médecin-bénéficiaire- hôpital en ayant recours exclusivement aux règles de la responsabilité civile, d'abord "délictuelle" puis contractuelle. Cette évolution jurisprudentielle s'est réalisée en vase clos à partir des concepts juridiques applicables aux stricts rapports privés. Le droit prétorien a fait peu de cas de l'évolution sociale et de la législation qui l'a reflétée.»

3. *Ibid.* au para. 6, note 3.

4. *Ibid.* au para. 29. Voir A. Lajoie, P. Molinari et J.-L. Baudouin, «Le droit aux services de santé : Légal ou contractuel?» (1983) 43 R. du B. 675.

prend sa source dans la loi indépendamment de la volonté du prestataire de soins et sans que n'intervienne un contrat préalable<sup>5</sup>.

L'argument avancé par ces auteurs est on ne peut plus simple :

Il n'y a pas de contrat parce que la partie prestataire - établissement ou médecin - n'a pas la liberté dans ces cas de consentir ou de ne pas consentir à fournir les services déterminés selon le mode que nous avons exposé. Ils sont tenus par la loi de les rendre aux bénéficiaires qui les réclament. Le libre consentement de l'une des parties étant rendu impossible par la loi même, les conditions de l'article 984 du Code civil du Bas-Canada [article 1385 C.c.Q.] ne peuvent être réunies et le contrat ne peut se former.<sup>6</sup>

Et plus loin, ils réitèrent :

Dans ces circonstances on peut affirmer, surtout en présence d'un énoncé exprès d'un droit formulé au nom du bénéficiaire, que le droit aux services découle de la loi seule et non du contrat. Quand le prestataire ne peut plus légalement refuser un service déterminé ou déterminable, il ne peut plus contracter.<sup>7</sup>

Il s'agit indubitablement d'une argumentation séduisante à première vue mais qui, soit dit avec égards, est contestable. Un an après la publication de l'article de Lajoie, Molinari et Baudouin, la professeure Suzanne Nootens, écrivant également dans la *Revue du Barreau*<sup>8</sup>, a soulevé de sérieuses objections de fond à l'encontre de ce raisonnement. Sans vouloir reprendre la démonstration de Nootens qui, à l'instar de la doctrine française, envisage les rapports contractuels de façon plus nuancée, il y a quand même lieu de préciser

- 
5. *Camden-Bourgault*, *ibid.* au para. 23, citant Lajoie, Molinari et Baudouin, *ibid.* à la p. 677. Le juge Benoit Morin, dans *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, [2001] R.J.Q. 1814 [ci-après *Goupil*], est du même avis, voir para. 124 et 125. Cette cause est présentement en appel, C.A.Q. n° 200-09-003726-012.
  6. A. Lajoie, P. Molinari et J.-L. Baudouin, *ibid.* à la p. 715.
  7. *Ibid.* à la p. 720. Voir également à la p. 722 où J.-L. Baudouin, professeur à cette époque, avait donné son aval à ce point de vue.
  8. S. Nootens, «La remise en cause du contrat hospitalier» (1984) 44 R. du B. 625.

qu'entre le contrat consensuel à l'état pur et l'obligation légale, où la volonté des parties n'a plus sa pertinence, le droit reconnaît ce que l'on qualifie de «contrat forcé». Dans ce genre de situation, «[...] l'un des deux contractants se voit privé de la possibilité de refuser de contracter, son refus devenant illicite»<sup>9</sup>. Certes, la liberté contractuelle de l'une des parties est alors profondément compromise, sinon anéantie, au nom de considérations téléologiques, mais l'assise des rapports entre les contractants ne quitte pas pour autant le champ contractuel.

Comme en droit français, le contrat imposé n'est pas un phénomène inconnu du droit québécois. La suppression de la double liberté de ne pas contracter et de choisir son cocontractant est reconnue d'abord dans le cas de certains rapports entre particuliers ne comportant qu'un intérêt purement individuel<sup>10</sup>. Parmi quelques exemples choisis au hasard dans le Code civil du Québec, mentionnons l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur privatif (article 1004 C.c.Q.), le rachat du droit de passage (article 1189 C.c.Q.) et le droit de retrait en matière d'indivision (article 1022 C.c.Q.). En matière d'offre de récompense (article 1395 C.c.Q.), le contrat forcé se crée même à l'insu des deux parties! Il en est de même quand on exerce un monopole ou qu'on offre un service indispensable pour la société. C'est le cas, notamment, du transport en commun<sup>11</sup>, de la fourniture de l'électricité et du gaz<sup>12</sup>. Selon R. Morel, ces services publics sont en état permanent d'offre de contracter et les usagers ne font qu'accepter l'offre ainsi faite<sup>13</sup>. Dans de tels cas, les rapports juridiques entre les parties étant malgré tout contractuels<sup>14</sup>, pourquoi en exclurait-on les

---

9. *Ibid.* à la p. 627.

10. J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 8e éd., Paris, Armand Colin, 1998 à la p. 84, n° 135.

11. Article 2033 C.c.Q., «Le transporteur qui offre ses services au public doit transporter toute personne qui le demande [...]» Voir également les articles 3 et 5 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q. c. S-30.01.

12. Sur l'obligation de fournir l'électricité ou le gaz à toute personne faisant une demande à cet effet, voir la *Loi sur la Régie de l'énergie*, c. R - 6.01 aux art. 76, 77.

13. R. Morel, «Le contrat imposé» dans *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1950, 116 à la p. 120, n° 6; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, 3e éd., Paris, Librairie Dalloz, 1964 à la p. 89, n° 76.

14. R. Morel, *ibid.*

soins médicaux ou hospitaliers<sup>15</sup>? À l'inverse et dans un souci de cohérence, si on excluait du régime contractuel le domaine hospitalier, ne faudrait-il pas en faire autant dans tous les autres domaines où le droit de refus de l'une des parties est éliminé?

Pourtant, les critiques formulées par Nootens sont demeurées sans réplique<sup>16</sup>. D'ailleurs, la liste d'autorités citées par le juge Rochon, laquelle ne fait aucunement allusion au texte de Nootens, suggère fortement qu'on n'en a pas pris connaissance ou qu'on n'en a pas tenu compte. Malgré tout, la position du juge Rochon sur ce point semble avoir reçu l'aval de plusieurs auteurs<sup>17</sup>.

- 
15. Selon le juge LeBel dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.) aux pp. 2640-2641, «Le bénéficiaire choisit, en définitive, de contracter avec telle institution. La situation ne diffère guère de celle que l'on rencontre dans certains cas, comme celui des transports publics ou de services comme la câblodistribution ou le téléphone. Le transporteur ou le serveur, en règle générale, ne peut refuser de fournir ses services à celui qui les requiert. Leur relation est habituellement considérée comme contractuelle. Il s'agit d'un autre de ces contrats fortement encadrés par la législation et la réglementation publique.» Cette décision fut renversée en Cour suprême sur un autre point, [1992] 1 R.C.S. 351.
  16. Le juge Morin, dans *Goupil*, *supra* note 5 au para. 137, avait mis de côté l'argumentation de Nootens en affirmant tout simplement que «Le législateur québécois n'a pas suivi l'opinion de Me Nootens, lorsqu'il a remplacé le *Code civil du Bas Canada* par le *Code civil du Québec* qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Nous rappelons simplement l'existence de l'article 1385 que nous avons déjà cité, en soulignant que cet article exige une manifestation de volonté des deux parties et non d'une seule pour qu'il y ait contrat. On est loin ici de la notion de "contrat forcé" invoquée ci-dessus par Me Nootens au soutien de sa thèse.» Or, selon les *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, (t.1, Québec, Les Publications du Québec, 1993 à la p. 840), il est bien dit que «Cet article reprend en substance les conditions de formation du contrat énoncées dans l'article 984 C.C.B.C., mais sous une formulation qui permette aussi de rappeler le principe du consensualisme en matière contractuelle, et d'opposer ce principe à l'exception du respect d'une forme particulière lorsque la loi l'impose, ou que les parties assujettissent le contrat à une forme solennelle.»
  17. Par exemple J.-P. Ménard, «La responsabilité hospitalière pour la faute médicale après la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Camden-Bourgault* : plus de questions que de réponses» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 139 à la p. 172; J. Nols, «Responsabilité des médecins-patrons, des centres universitaires et des résidents en médecine» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 31 à la p. 41. Dans son texte, «Pistes et thèmes d'épistémologie juridique : le cas de la "thèse" du contrat hospitalier» dans *Mélanges Germain Brière*, E. Caparros, dir., Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993,

**(b) L'absence de lien de préposition entre le médecin et l'hôpital lors de l'exécution d'un acte médical**

Sur la question du lien de préposition, deux notions connexes sont abordées par le juge Rochon. Tout d'abord, il écarte l'idée d'un lien de préposition entre le médecin et l'hôpital car ce dernier n'exerce aucun pouvoir de contrôle sur l'acte médical<sup>18</sup>. En second lieu, l'exercice de la médecine étant du ressort exclusif des médecins d'après la *Loi médicale*<sup>19</sup>, «[...] l'hôpital ne peut s'engager à une prestation de service prohibée par la loi»<sup>20</sup>.

En ce qui a trait au premier point, nous devons reconnaître que cette position est conforme à l'école de pensée de P.-A. Crépeau, laquelle a joué un rôle prépondérant sur l'orientation de la doctrine qui s'est dégagée par la suite. Certes, J.-L. Baudouin, lors de son analyse de la thèse extracontractuelle prônée par Lajoie et Molinari<sup>21</sup>, avait suggéré qu'il serait intéressant de repenser la notion classique de préposition pour la remplacer par celle de «préposition de service» mise de l'avant par D. Chalifoux<sup>22</sup>. Mais dans son appréciation du droit lors de la publication dudit article, cet auteur était demeuré fidèle aux principes

---

439 à la p. 457, P. Legrand jr conteste le point de vue que l'hôpital est en état d'offre permanente de service. Il prétend que la thèse du contrat hospitalier repose sur une fiction - le contrat tacite - «[...] qui n'a plus de contrat que le nom». Voir également, du même auteur, «Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise» (1992) 23 R.G.D. 255. *Contra*, P. Lesage-Jarjoura et S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, 2<sup>e</sup> édition, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 aux pp. 34-35, n° 46.

18. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 65. En cela, il est fidèle au texte de Lajoie, Molinari et Baudouin car ces auteurs prétendent, (*supra* note 4 à la p. 730) : «Le fait que l'hôpital nomme le médecin, exerce sur lui un pouvoir de surveillance et de direction générale n'est probablement pas suffisant en soi pour justifier l'existence d'un lien de préposition classique. L'acte médical doit, en fin de compte, demeurer l'ultime et exclusive responsabilité du professionnel. L'établissement hospitalier ne doit pas pouvoir dicter au professionnel le comportement scientifique qu'il doit adopter face au malade. Un contrôle direct de méthodes d'exécution de la tâche est absent et doit continuer à être absent de la relation professionnelle.» Le juge Morin, dans *Goupil*, *supra* note 5 aux para. 150 à 152, est du même avis que le juge Rochon.

19. *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9.

20. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 49.

21. A. Lajoie, P. Molinari et J.-L. Baudouin, *supra* note 4 à la p. 730.

22. D. Chalifoux, «Vers une nouvelle relation commettant-préposé» (1984) 44 R. du B. 815.



déjà admis<sup>23</sup>. Pour sa part, F. Tôth, que le juge Rochon semble avoir rangé du côté des défenseurs de la thèse dite «classique» en citant un article publié dans la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke en 1990<sup>24</sup>, y avait pourtant déjà prôné une «vision moderne du lien de préposition<sup>25</sup>» et en 1991, il avait affirmé résolument que le médecin en milieu hospitalier est préposé de l'établissement :

Lorsque les obligations contractuellement assumées ou légalement imposées au centre hospitalier comprennent les soins médicaux, les personnes retenues par le centre hospitalier (sans égard au lien juridique qui les unit) pour exécuter sa prestation sont des préposées puisqu'elles font partie de sa structure ou de ses services, utilisent ses ressources suivant des règles par lui élaborées, sont sous son contrôle administratif et disciplinaire ultime.<sup>26</sup>

Certes, cette discussion du lien de préposition n'est pas dépourvue d'intérêt, mais la solution adoptée par le juge Rochon ne résout pas le dilemme du tribunal face à la responsabilité «sans faute» de l'hôpital<sup>27</sup>. Il semble dire que, dans le domaine extracontractuel, la seule façon pour le médecin d'engager la responsabilité de l'hôpital résiderait dans la reconnaissance de l'existence d'un lien de préposition entre le médecin et l'établissement où il exerce son art<sup>28</sup>. Mais ce n'est pas la seule voie. Comme Crépeau l'avait démontré lors de son étude magistrale sur la responsabilité hospitalière publiée en 1981, on pourrait

---

23. Dans la 6<sup>e</sup> édition de l'ouvrage *La responsabilité civile*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, J.-L. Baudouin et P. Deslauriers militent en faveur de la reconnaissance d'un lien de préposition entre l'hôpital et le médecin basé sur la notion de «subordination administrative» et sur un «pouvoir de surveillance et de contrôle général» (à la p. 1043, n° 1516).

24. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 22, à la note 28 de la décision. Voir F. Tôth, «Contrat hospitalier moderne et ressources limitées; conséquences sur la responsabilité civile» (1990) 20 R.D.U.S. 313.

25. F. Tôth, *ibid.* aux pp. 332 et 334.

26. F. Tôth, «La responsabilité civile hospitalière pour la faute médicale. Quand l'établissement hospitalier répond-il de la faute médicale?» dans Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, 33 à la p. 60. Tôth s'appuie sur D. Chalifoux, *supra* note 22, pour étayer son opinion.

27. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 43.

28. *Ibid.* au para. 63, le juge Rochon écrit : «Il est loin d'être acquis alors que la victime pourra invoquer le brocard *qui agit per alium agit per se*, concept développé exclusivement en matière contractuelle».

faire appel à la maxime *qui facit* (ou *agit*) *per alium facit* (ou *agit*) *per se* [ci-après *qui facit*], laquelle, soit dit en passant, n'est pas l'apanage de la responsabilité contractuelle, mais s'applique également à la responsabilité extracontractuelle :

[...La] faute d'un auxiliaire, professionnel ou non, dans l'exécution de ces prestations personnelles de soins et de services, assumées légalement par l'établissement, entraînera la responsabilité de ce dernier, non pas, comme on l'estime parfois, sur la base plus astreignante du régime de garantie du commettant, instauré par l'article 1054, alinéa 7 C.c. [1463 C.c.Q.], mais bien, et plus largement, sur le fondement de la responsabilité personnelle de l'article 1053 C.c. [1457 C.c.Q.]. En effet, la maxime *qui agit per alium agit per se* [...] ne joue pas seulement en matière contractuelle, mais bien chaque fois qu'une obligation personnelle est mise à la charge du débiteur, soit qu'il l'ait assumée par contrat, soit qu'elle lui ait été imposée par la loi.<sup>29</sup>

L'opinion de Crépeau est suivie par Tôth<sup>30</sup>. Selon ce dernier,

En effet, si on en vient à la conclusion que la relation entre un patient et un centre hospitalier ne peut être que légale (par opposition à contractuelle) et que, par ailleurs, la loi impose au centre hospitalier lui-même l'obligation de fournir des soins médicaux, alors la

---

29. P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien» (1981) 26 R.D. McGill 673 à la p. 733. Crépeau s'appuie sur l'arrêt *Richard c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1975] C.S. 223 à la p. 226. Cette cause est basée sur la responsabilité contractuelle d'un hôpital qui recherche en garantie un anesthésiste, le docteur Houle, qui avait confié la surveillance de la patiente anesthésiée à un résident, le docteur Bilodeau. La Cour avait suggéré qu'il n'y avait pas de rapports contractuels entre le patient et l'anesthésiste. Selon le juge Jacques, «Il faut noter aussi que la patiente n'avait pas choisi le docteur Houle ni le docteur Bilodeau comme anesthésistes ...» (à la p. 225). La règle consacrée par la maxime *qui facit per alium facit per se* trouverait donc sa pertinence en matière extracontractuelle, en se fiant à l'affirmation suivante dudit juge : «considérant que le mis en cause ne peut se décharger de cette responsabilité en plaissant qu'il avait confié l'accomplissement de son devoir à un résident; ...» (à la p. 226). Nous ne partageons pas l'opinion du juge Morin dans *Goupil* (*supra* note 5 au para. 147), à l'effet que «[c]ette règle [*qui agit* ...] peut être invoquée dans un cadre de responsabilité contractuelle seulement [...]».

30. *Supra* note 26 à la p. 61.

responsabilité de l'hôpital peut être retenue sur la base de l'article 1053 C.C.B.C. [article 1457 C.c.Q.]. L'hôpital ne pourrait pas s'exonérer de l'exécution d'une obligation à lui imposée en confiant son exécution à un tiers non préposé.

Une maxime latine n'a pas comme telle de valeur intrinsèque, si ce n'est que de présenter de façon elliptique un concept juridique. Elle n'est que la formulation concise d'un principe général tiré habituellement du droit romain et est le fruit du bon sens et de l'expérience. Elle a l'avantage de « [...] fixer les principes en un raccourci saisissant qui tient à la fois de la synthèse et de l'analyse »<sup>31</sup>. Mais comme l'avait écrit Lord Shaw of Dunfermline dans *Ballard v. North British Railway Co.*<sup>32</sup>, «...[t]he day for canonizing Latin phrases is long gone». Plus près de nous, le juge La Forest, dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*<sup>33</sup>, approuve la remarque de Fleming<sup>34</sup> lorsque ce dernier qualifie la maxime *qui facit per alium facit per se* de «cliché rabattu», du moins en common law! Il n'en demeure pas moins que cet adage exprime de façon limpide, tout en l'ennoblissant par son expression dans une langue morte, le principe fondamental selon lequel celui qui assume une obligation par convention, ou qui se trouve assujéti à une obligation imposée par la loi, répond de la violation de cette obligation par toute personne à qui il a confié la tâche de l'exécuter. C'est l'obligation qui fait le débiteur et c'est l'inexécution de cette obligation qui engage sa responsabilité<sup>35</sup>.

En exprimant son adhésion au point de vue de Crépeau sur la pertinence du *qui facit* en responsabilité médicale, J.-P. Ménard<sup>36</sup> ajoute cependant que

---

31. A. Jouanneau, *Recueil de maximes et citations latines*, 2<sup>e</sup> éd., revue et corrigée par M. Chartier, Paris, Administration et Librairie des Annales des Justices de Paix, 1924 à la p. 1 de la préface.

32. [1923] Session Cases (H.L.) 43 à la p. 56.

33. [1992] 3 R.C.S. 299 à la p. 337.

34. La remarque est tirée de la 7<sup>e</sup> édition de l'ouvrage de J. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney, Law Book, 1987 à la p. 340.

35. P. Remy, «La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept» (1997) R.T.D.C. 323 aux pp. 346 et 347, n° 33.

36. J.-P. Ménard, *supra* note 17 à la p. 158. Le juge Morin, dans *Goupil*, *supra* note 5 au para. 147, est du même avis en ce qui concerne la pertinence de la maxime à la responsabilité contractuelle seulement. Voir également D. Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec» (1990) 31 C. de D. 821 à la p. 830.

«[...] cette responsabilité existe en l'absence de faute de la personne responsable et c'est là sa caractéristique principale»<sup>37</sup>. Cette affirmation illustre le danger d'attribuer à une maxime latine une portée plus restreinte que la notion générale qu'elle cherche à exprimer, car le brocard *qui facit* envisage en réalité deux situations. La première vise un régime de responsabilité sans faute où la responsabilité du maître, ou commettant, ne serait engagée que lorsque son serviteur ou préposé aurait commis une faute causale de préjudice à un tiers. En cela, le principe du *qui facit* a des affinités évidentes avec la notion de *respondeat superior*. La deuxième, celle qui nous intéresse plus particulièrement pour les fins de cette analyse, est fondée sur la faute personnelle. Elle se présente lorsqu'une personne, débitrice d'une obligation contractuelle ou légale, fait exécuter sa prestation par une autre personne, l'inexécution ou la mauvaise exécution de cette obligation constituant une faute de la part du débiteur à l'égard de son créancier. Le juge Allard, dans *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement* portant sur la responsabilité du fait des résidents, décrit bien la situation juridique :

De l'avis du tribunal, c'est une situation où la notion de patron momentané trouve application, les résidents ayant exécuté pour les [médecins traitants] des tâches que ces derniers leur ont confiées et qui font partie des soins qu'ils devaient au demandeur. Si l'un ou l'autre les a mal exécutées par inhabileté, incompetence ou imprudence et a causé préjudice, il s'agit alors purement et simplement d'une mauvaise exécution d'un soin qui l'a été pour un patron qui le devait suivant le contrat de soins avec son patient.<sup>38</sup>

---

37. J.-P. Ménard, *ibid.* à la p.159. P. Lesage-Jarjoura et S. Philips-Nootens, (*supra* note 17 à la p. 35, n° 46) sont du même avis qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute de la part de l'institution.

38. [1995] R.R.A. 510 (C.S.) à la p. 514. La Cour d'appel, en confirmant la décision de première instance, avait reproduit avec approbation cette citation du juge Allard, [1997] R.J.Q. 69 (C.A.) à la p.75. Nous avons déjà soutenu ce point de vue : A. Bernardot et R. P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1980 à la p. 342, n° 521 : «Le simple fait pour [le médecin] de laisser accomplir un acte médical par un de ses étudiants ne le décharge pas pour autant de son obligation contractuelle envers le patient. Il demeure le débiteur contractuel. Par conséquent, advenant une faute de l'étudiant, tout se passe en réalité comme si le médecin traitant n'avait pas rempli son obligation de soins. Il importe peu de savoir qui du médecin ou de l'étudiant est à l'origine de l'inexécution de soigner.» Voir également *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.) à la p. 773.

G. Mémeteau<sup>39</sup> adopte un raisonnement semblable :

La responsabilité du fait d'autrui suppose une substitution : celui qui promet n'exécute pas; il fait exécuter son obligation et le tiers intervenant commet la faute ou le fait responsable. Ici, la clinique souscrit une obligation personnelle de faire convenablement réaliser l'acte médical, et la défaillance du médecin n'est rien d'autre que le manquement à cette obligation de l'hôpital[...].<sup>40</sup>

Même si, en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, l'établissement doit fournir des soins<sup>41</sup>, cela n'implique pas qu'il va

---

39. G. Mémeteau, «Une lecture française d'un arrêt québécois» (2001) 61 R. du B. 557 à la p. 573.

40. Selon G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil - Les conditions de responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1998 à la p. 931, n° 831, «Les conditions [de responsabilité] qui viennent d'être rappelées sont ordinairement requises car elles sont commandées par l'idée fondamentale selon laquelle le débiteur doit être tenu de la même façon lorsqu'il exécute lui-même ou lorsqu'il fait exécuter par autrui.» C. Larroumet, «Pour la responsabilité contractuelle» dans *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Litec, 2001, 543 à la p. 552, conteste la notion même de responsabilité contractuelle du fait d'autrui : «Peu importe que le débiteur exécute l'obligation par lui-même ou bien en recourant aux services d'autrui. Dès lors qu'il n'a pas été déchargé de l'obligation par le créancier, il est responsable en cas d'inexécution ou de la mauvaise exécution, quelle que soit la personne qui a exécuté à ses lieu et place. La notion même d'obligation contractuelle rend impossible le concept de responsabilité contractuelle du fait d'autrui.»

41. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S - 4.2, art. 5, 6, 13 et plus pertinemment l'article 81; «La mission d'un centre hospitalier est d'offrir des services diagnostiques et des soins médicaux généraux et spécialisés. À cette fin, l'établissement qui exploite un tel centre reçoit, principalement sur référence, les personnes qui requièrent de tels services ou de tels soins, s'assure que leurs besoins soient évalués et que les services requis, y compris les soins infirmiers et les services psychosociaux spécialisés, préventifs ou de réadaptation, leur soient offerts à l'intérieur de ses installations ou, si nécessaire, s'assure qu'elles soient dirigées le plus tôt possible vers les centres, les organismes ou les personnes les plus aptes à leur venir en aide», l'article 100; «Les établissements ont pour fonction d'assurer la prestation de services de santé ou de services sociaux de qualité [...]», et l'article 101; «L'établissement doit notamment : 1° recevoir toute personne qui requiert ses services et évaluer ses besoins; 2° dispenser lui-même les services de santé ou les services sociaux requis ou les faire dispenser par un établissement, un organisme ou une personne avec lequel il a conclu une entente de services visée à l'article 108; 3° veiller à ce que les services qu'il dispense le soient en continuité et en complémentarité avec ceux dispensés par les autres établissements et les autres ressources de la région et que l'organisation de ces services

devoir compter uniquement sur ceux et celles ayant la qualité de préposé ou préposée afin d'exécuter sa prestation. Lorsque la loi impose à une personne physique ou morale le devoir de fournir une prestation à quiconque, rien ne s'oppose à ce que la prestation soit exécutée par un tiers introduit dans la relation juridique par le débiteur. Quand la partie débitrice de l'obligation de fournir des soins est une personne morale, la nécessité de recourir à des tiers, qu'ils soient préposés<sup>42</sup> ou entrepreneurs indépendants, est incontournable<sup>43</sup>. Certes dans certains cas, le lien de préposition entre l'employé et l'institution est évident et l'article 1463 C.c.Q. trouve sa pertinence. Mais il serait faux de prétendre que tous ceux et celles oeuvrant dans le milieu hospitalier sont

---

tienne compte des besoins de la population à desservir; 4° diriger les personnes à qui il ne peut dispenser certains services vers un autre établissement ou organisme ou une autre personne qui dispense ces services». Selon Patrick Molinari, «Le droit aux services de santé : de la rhétorique à la mise en oeuvre judiciaire» dans Service de formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, 73 à la p. 79, «En raison du domaine d'application de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, ce sont les établissements, centres hospitaliers, centres d'accueil et centres locaux de services communautaires qui sont les premiers débiteurs du droit des citoyens.» Dans son commentaire du jugement *Camden-Bourgault*, *supra* note 17 à la p. 150, J.-P. Ménard souligne que les faits qui ont donné naissance à cette cause remontent à 1987, donc avant la refonte complète de la *Loi sur les services de santé et des services sociaux* en 1991. Pour cette raison, toujours selon Ménard, «[...] la portée du jugement de la Cour d'appel n'a définitivement plus le caractère définitif qu'il semble avoir à première vue. [...]» (à la p. 150) J. Nols n'est pas de cet avis : «Responsabilité des médecins-patrons, des centres universitaires et des résidents en médecine», *supra* note 17 à la p. 40 : «[...] les changements majeurs apportés à la *Loi sur les services de santé* portaient principalement sur la restructuration de l'ensemble du réseau de la santé et des services sociaux sans, par ailleurs, modifier les droits des usagers de recevoir des services de santé et, comme corollaire, sans modifier l'obligation pour les établissements de voir à la dispensation de tels services, compte tenu de l'organisation des ressources dont ils disposent.»

42. Par exemple, le personnel infirmier, *Perron c. Hôpital général de la région de l'amiante inc.*, [1976] C.S. 1191, [1979] C.A. 567 à la p. 582; *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, [1990] R.J.Q. 2275, [1990] R.R.A. 873 (C.S.), [1997] R.J.Q. 2121 (C.A.) à la p. 2127.

43. Selon *Rizzo c. Hôpital Notre-Dame*, [1975] C.S. 425 à la p. 428, «Étant une personne morale, un hôpital doit nécessairement agir par l'intermédiaire des infirmières et du personnel de soutien qui sont à son emploi.»

nécessairement en état de subordination. Autant la Cour suprême<sup>44</sup> que la Cour d'appel<sup>45</sup> ont déjà reconnu cette nuance en ce qui concerne le médecin.

**(c) L'impossibilité pour l'établissement d'offrir des soins médicaux car l'exercice de la médecine est du ressort exclusif de la profession médicale**

Le juge Rochon s'attarde sur l'illicéité de toute convention susceptible de contrevenir à la *Loi Médicale*<sup>46</sup> qui «[...] confie l'exercice exclusif de la médecine aux médecins»<sup>47</sup>. Ainsi écrit-il :

Cette loi contient des dispositions prohibitives et d'ordre public. Toute convention au contraire serait nulle. L'hôpital ne peut s'engager à une prestation de service prohibée par la loi (1062 C.C. - 1373 du *Code civil du Québec*). Cet engagement serait sans considération puisque la *Loi sur l'assurance-maladie* (art. 3a) prévoit que la rémunération est versée au médecin et non à l'hôpital.<sup>48</sup>

Les médecins membres du Collège des médecins du Québec jouissent effectivement d'un droit exclusif d'exercice en vertu du *Code des professions*<sup>49</sup>, mais il n'est pas sans intérêt de noter qu'en vertu de ce même Code, plusieurs autres professions susceptibles d'être exercées en milieu hospitalier bénéficient également d'une telle exclusivité. À titre d'exemples, on pourrait mentionner la *Loi sur les infirmières et infirmiers*<sup>50</sup>, la *Loi sur la pharmacie*<sup>51</sup>, la *Loi sur les*

44. Par exemple, *Laurent c. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, [1974] C.A. 543; [1978] 1 R.C.S. 605, concernant l'absence de responsabilité d'un hôpital pour la faute d'un médecin assurant un tour de garde à l'urgence.

45. Par exemple, *Dussault c. Hôpital Maisonneuve*, [1976] C.A. 791 à la p. 808; *Côté c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.); *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 à la p. 726 (juge Monet) et aux pp. 740-741 (juge Beaugard); *Cloutier c. C.H.U.L.*, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.); *Hôpital de Chicoutimi c. Battika*, *supra* note 42 et évidemment, *Camden-Bourgault*, *supra* note 1.

46. *Supra* note 19.

47. *Camden-Bourgault*, *supra* note 1 au para. 49.

48. *Ibid.*

49. *Code des professions*, L.R.Q. c. C - 26, art. 26 et 31.

50. L.R.Q. c. I - 8, art. 36, 36.1, 37 et 41.

51. L.R.Q. c. P - 10, art. 17, 18 et 35.

dentistes<sup>52</sup>, la *Loi sur les technologues en radiologie*<sup>53</sup> et la *Loi sur les sages-femmes*<sup>54</sup>. Pourtant, la jurisprudence semble admettre que l'hôpital peut offrir les «soins hospitaliers» comprenant, entre autres, les soins infirmiers<sup>55</sup>, le service de prélèvements sanguins<sup>56</sup>, le service du laboratoire d'hémodynamie<sup>57</sup> et le suivi post-opératoire<sup>58</sup>.

Sur cet aspect, Tôth a raison de souligner :

À ce compte-là, prétendre que les actes médicaux ne peuvent faire partie du contrat hospitalier car ils sont l'apanage exclusif des médecins revient à exclure du même coup, par exemple, les soins infirmiers et les services radiologiques.<sup>59</sup>

---

52. L.R.Q. c. D - 3, art. 26 à 28, 38.

53. L.R.Q. c. T - 5, art. 7, 8 et 12.

54. L.R.Q. c. S - 0.1, art. 6 à 8 et 12.

55. Par exemple, dans *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, *supra* note 42, où il était question d'attribuer la responsabilité du fait d'une compresse oubliée dans l'abdomen du patient, la Cour d'appel a décidé que l'hôpital répondait seul de la faute de l'infirmière dans le décompte des compresses (à la p. 2127). Dans *Bérubé c. Samson*, [2000] J.Q. n° 1452 (QL) (C.S.), on avait reproché certains manquements et omissions au personnel infirmier de l'Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis mais le Tribunal était d'opinion que ces manquements n'étaient pas causals du préjudice souffert par la victime, occasionné par un syndrome de choc toxique. Voir également *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1989] R.J.Q. 64 (C.A.), confirmant [1984] C.S. 792 sur la responsabilité, (l'hôpital est responsable du retard du personnel infirmier à appeler le médecin lors d'un accouchement); *Mainville c. Cité de la Santé de Laval*, [1998] R.J.Q. 2082 (C.S.) (exérèse d'une sonde urinaire par une étudiante infirmière sous la supervision d'une infirmière). Dans *Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, [1973] R.C.S. 716 infirmant [1970] C.A. 538, la Cour suprême a reproché à l'hôpital un défaut de surveillance d'un patient suicidaire par des infirmières.

56. *Rizk c. Hôpital du Sacré-Coeur de Montréal*, [1998] A.Q. n° 3805 (QL), [1999] R.R.A. 197 (C.S.) (on a retenu la responsabilité de l'hôpital lorsqu'une patiente est tombée inconsciente lors d'un prélèvement sanguin car l'infirmière effectuant le prélèvement aurait dû prévoir cette possibilité et l'institution hospitalière avait été négligente «[...] dans la conception de l'entité mobilière utilisée pour les prélèvements sanguins [...]» (para. 12). F. Tôth, *supra* note 26 à la p. 55.

57. *Gélinas c. Dumont*, [2000] J.Q. n° 1866 (QL) (C.S.).

58. *Perron c. Hôpital général de la région de l'amiante*, *supra* note 42; *Tabah c. Liberman*, [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.); *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, [1995] R.R.A. 510 (C.S.), [1997] R.J.Q. 69 (C.A.) aux pp. 74 et 75.

59. *Supra* note 26 à la p. 55.



L'autre conséquence du refus de reconnaître le droit pour un établissement d'offrir des soins, médicaux ou autres, ne pouvant être administrés que par les membres de certaines corporations professionnelles jouissant d'un droit exclusif d'exercice, serait de ramener le système de santé québécois à ce qu'il était il y a plus d'un demi-siècle; un simple lieu de rencontre entre patients et soignants<sup>60</sup>. Une telle conception, de dire Crépeau lors d'un bref rappel historique à l'occasion de son étude de 1981 sur la responsabilité hospitalière, devait entraîner la « [...]reconnaissance d'une distinction très nette entre soins professionnels et soins hospitaliers»<sup>61</sup>. Ainsi, en présence de travailleurs indépendants, il fallait distinguer les actes professionnels des actes de services, les premiers ne pouvant lier que le professionnel fautif alors que ceux de la deuxième catégorie engageaient la responsabilité de l'hôpital<sup>62</sup>. Aujourd'hui, à la lumière de la législation québécoise et, plus fondamentalement, compte tenu d'une réalité sociale incontournable, l'hôpital est devenu plus qu'une «auberge spécialisée»<sup>63</sup> offrant simplement logement et pension<sup>64</sup>. Il est devenu «une entreprise de soins médico-hospitaliers»<sup>65</sup>, conformément au rôle qui lui a été confié par le législateur québécois<sup>66</sup>. À l'exception du récent arrêt *Camden-Bourgault*, la jurisprudence, tant de la Cour d'appel que de la Cour suprême, n'a pas démenti cette appréciation de la situation juridique<sup>67</sup>. La décision de la Cour d'appel dans *Perron c. Hôpital Général de la Région de l'Amiante*<sup>68</sup> illustre parfaitement l'accueil de la notion de l'«hôpital-entrepreneur» par les tribunaux. Selon le juge Lajoie,

- 
60. P.-A. Crépeau, «La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente» (1960) 20 R. du B. 433 à la p. 459; A. Bernardot, R. P. Kouri, *supra* note 38 à la p. 252, n° 383.
61. P.-A. Crépeau, *supra* note 29 à la p. 676.
62. A. Bernardot et R. P. Kouri, *supra* note 38 à la p. 252, n° 383.
63. P.-A. Crépeau, *supra* note 29 à la p. 676.
64. *Ibid.* Voir également D. Jutras, *supra* note 36 à la p. 830.
65. P.-A. Crépeau, *ibid* à la p. 677. Voir également P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile du médecin» (1977) 8 R.D.U.S. 25 à la p. 34.
66. Art. 81 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 41.
67. Voir *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745 à la p. 752; *L'Hôpital Notre-Dame c. Dame Villemure*, *supra* note 55; *Bernard c. Cloutier*, [1978] C.S. 943, [1982] C.A. 289; *Houde c. Côté et Hôtel-Dieu de Québec*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.) à la p. 726, modifiant le jugement de la Cour supérieure sur un autre point, (1982) C.S. 906.
68. *Supra* note 42.

... [L]'établissement hospitalier est devenu par suite de la politique sociale de l'État en matière de santé, un véritable entrepreneur de soins et, par contrat ou par l'effet de la loi, il s'engage à fournir aux patients, par l'intermédiaire de personnes dûment habilitées selon les normes de l'Ordre professionnel auquel elles appartiennent, des services hospitaliers comprenant non plus seulement des services d'hôtellerie, des soins infirmiers, mais également des services professionnels proprement dits, dont les services d'anesthésie, de salle d'opération et de salle de réveil.<sup>69</sup>

L'opinion du juge LeBel dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*<sup>70</sup> est au même effet :

L'argument tiré de l'exclusivité d'exercice professionnel ne vaut pas. L'institution a l'obligation de lui fournir [au bénéficiaire] ses services, conformément à la loi, c'est-à-dire en recourant aux services de médecins qualifiés au sens des lois professionnelles.

## Conclusion

Même si, sur le plan théorique, la question de savoir si la responsabilité de l'hôpital est contractuelle ou légale présente un certain intérêt, Baudouin et Deslauriers ont raison de souligner que la question « [...] a néanmoins perdu, sur le plan pratique, une grande partie de son actualité »<sup>71</sup>. Ils soulignent quand même la nécessité de qualifier les relations entre l'hôpital et le patient car, selon eux, la responsabilité du fait d'autrui exige la détermination d'un lien de préposition entre le thérapeute et l'établissement<sup>72</sup>. Mais l'approche innovatrice préconisée par P.-A. Crépeau, ayant pour effet d'actualiser le principe du *qui facit per alium facit per se* en reconnaissant sa pertinence à la responsabilité extracontractuelle, élimine la nécessité de s'interroger sur l'existence d'un lien de préposition.

---

69. *Ibid.* (C.A.) à la p. 582.

70. *Supra* note 15 (C.A.) à la p. 2642.

71. *Supra* note 23 à la p. 997, n° 1448.

72. *Ibid.* à la p. 998, n° 1448.

La volonté d'évacuer du champ de responsabilité de l'hôpital tout acte posé par un médecin et, logiquement, par tout autre professionnel fournissant une prestation relevant d'une profession d'exercice exclusif ne saurait emporter l'adhésion. La législation imposant le devoir de fournir des soins et services au patient<sup>73</sup>, il serait illogique d'affirmer que l'établissement n'assume aucune responsabilité pour les actes accomplis en son nom par son personnel professionnel<sup>74</sup>.

Sans prôner l'immobilisme par une adhésion inconditionnelle aux précédents, n'y a-t-il pas lieu de craindre que chaque nouveau banc de la Cour d'appel qui s'écartera d'un courant jurisprudentiel jusqu'alors constant de ses prédécesseurs risque de frapper notre système de jurisprudence d'incertitude? Le désir fort légitime de promouvoir une saine évolution des règles peut être trahi par une approche iconoclaste.

Le temps nous dira si *Camden-Bourgault* est la première salve d'une offensive jurisprudentielle destinée à ébranler les fondements traditionnels de la responsabilité médico-hospitalière. Il est indubitable que, devant la complexité des rapports d'un système de santé de plus en plus éclaté et qui occulte parfois le rôle des divers intervenants, la tâche du patient se croyant lésé par une faute est loin d'être allégée, tant à cause des coûts que des difficultés inhérentes à la preuve. Au lieu d'abandonner aux tribunaux la tâche de mettre de l'ordre dans un système de santé en constante évolution, il serait peut-être temps que le législateur fixe avec une certaine précision et avec transparence la responsabilité de chacun, individu et établissement, à l'égard du patient.

---

73. Art. 81, 100, 101 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 41.

74. Voir J.-P. Ménard, *supra* note 17 à la p. 161.